

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LA

Violation des Contrats Fiduciaires

AU POINT DE VUE PÉNAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le Lundi 25 Novembre 1912

PAR

LOUIS GOUTAGNY

Président : M. GARRAUD, professeur.

Suffragants : { MM. BOUVIER-BANGILLON, professeur.
LÉVY, professeur.



SAINT-ÉTIENNE

SOCIÉTÉ DE L'IMPRIMERIE THÉOLIER — J. THOMAS ET C^{ie}

12, Rue Gêrentet, 12

1912

LA

Violation des Contrats Fiduciaires

AU POINT DE VUE PÉNAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

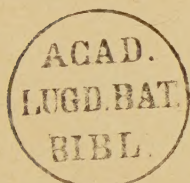
(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

PAR

LOUIS GOUTAGNY



Président : M. GARRAUD, professeur.

Suffragants : { MM. BOUVIER-BANGILLON, professeur.
LÉVY, professeur.



SAINT-ÉTIENNE

SOCIÉTÉ DE L'IMPRIMERIE THÉOLIER — J. THOMAS ET C^{ie}

12, Rue Gérentet, 12

1912

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

- FLURER, I. ✂, doyen, professeur de Droit civil.
GARRAUD, I. ✂, professeur de Droit criminel.
APPLETON (Charles), I. ✂, professeur de Droit romain.
COHENDY, O. ✂, I. ✂, professeur de Droit commercial.
PIC, J. ✂, professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), I. ✂, professeur de Droit administratif.
LAMBERT, A. ✂, professeur d'Histoire générale du Droit français.
BOUVIER, I. ✂, professeur de Science financière et de Législation française des finances.
LAMEIRE, I. ✂, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.
JOSSEMERAND, I. ✂, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.
BROUILHET, I. ✂, professeur d'Economie politique.
HUVELIN, I. ✂, professeur de Droit romain.
LÉVY, I. ✂, professeur de Droit civil.
GONNARD, A. ✂, professeur d'Histoire des Doctrines Economiques et d'Economie politique.
BOUVIER-BANGILLON, I. ✂, professeur de Procédure civile.
BECQ (J.), I. ✂, secrétaire.
BALLY, directeur de l'Ecole de notariat.
-

MEMBRES DU JURY

- Président* : M. GARRAUD, professeur.
Suffragants : { MM. BOUVIER-BANGILLON, professeur.
 { LÉVY, professeur.
-

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA

Violation des Contrats Fiduciaires

AU POINT DE VUE PÉNAL

INTRODUCTION

ÉVOLUTION DE LA SANCTION PÉNALE DES CONTRATS FIDUCIAIRES JUSQU'AU DROIT MODERNE

On désigne du nom de fiduciaires, une série de contrats, dans lesquels la mise à la charge de l'une des parties d'une obligation de se dessaisir dans des circonstances déterminées d'une chose reçue, met plus particulièrement en jeu les questions de confiance et de bonne foi qui doivent présider à l'exécution d'une semblable convention. Deux individus sont en présence : celui qui livre, le tradens, celui qui reçoit, l'accipiens. La confiance du premier se manifeste en ce qu'il s'abandonne à la bonne foi du second quant à l'exécution de la clause de dessaisissement : « sequitur fidem » disait-on jadis. L'accipiens a la libre disposition matérielle de la chose reçue, il en a le corpus, il a donc le maximum de facilités voulues pour se l'approprier. Un acte de confiance de la part du tradens, une clause de dessaisissement à la charge de l'accipiens, tels sont les deux termes essentiels de la fiducie et dont la présence nous permettra de reconnaître les divers contrats ressortissant de son domaine.

Inspirée par la nature même des choses et non par des règles juridiques plus ou moins factices, la notion du contrat fiduciaire remonte à la plus haute antiquité. Le plus ancien droit romain nous la présente dans la « fiducia ». D'abord simple pacte adjoint à la « mancipatio », la « fiducia » ne tarda pas à s'incorporer au mode même de transmission de la chose, pour former les premiers contrats du droit civil romain, le commodat, le dépôt et le gage, dans lesquels nous retrouvons les deux termes dont nous venons de parler : d'abord, et surtout dans l'état primitif du droit, un acte de confiance de la part du tradens, puis une obligation de dessaisissement à la charge de l'accipiens.

Au début, l'adjonction du pacte fiduciaire à la « mancipatio » n'empêchait pas que la propriété de l'objet ne fût transférée à l'accipiens. Aussi fut-il logiquement admis que l'inexécution de la clause de dessaisissement par l'accipiens ne donnait au tradens aucune action. Tant pis pour lui si l'accipiens ne se dessaisissait pas bénévolement, le tradens n'avait qu'à mieux placer sa confiance. Il fallait donc ne conclure qu'à bon escient un pacte aussi dangereux, jamais le terme de fiduciaire ne pouvait être employé plus à propos.

Le besoin d'une réforme sur ce point ne tarda cependant pas à se faire sentir. Elle vint tout naturellement, par l'incorporation du pacte fiduciaire à la convention de transmission de l'objet. Il fut admis que les nouveaux contrats créés de la sorte ne transféraient plus à l'accipiens la propriété de la chose, mais seulement un droit d'« usus » plus ou moins étendu.

Dès ce moment, la violation du contrat était susceptible d'une sanction pénale. Mais dans quelle catégorie de délits la faire rentrer ? Les juristes romains avaient à leur disposition une action à laquelle ils devaient nécessairement penser en premier lieu : l'« actio furti ». Aucune en effet ne paraissait mieux convenir. La violation du commodat, du dépôt et du gage était susceptible de porter sur deux

objets différents, ou bien le détournement de la propriété, ou bien le détournement du simple usage de la chose, c'est-à-dire le cas le plus fréquent, le plus facile à réaliser en matière de contrat fiduciaire. « *Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed et generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.* Itaque, sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est, ea re utatur, sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat quam cujus gratia ei data est, furtum committit. Veluti si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad coenam invitaturus et id peregre secum tulerit aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset (Instit. liv. IV, T. I, § 6). »

On comprend qu'une semblable notion du furtum, appliquée à la violation des contrats fiduciaires, ait trouvé un champ d'application d'une largeur indéfinie, partant ait provoqué une excessive sévérité dans la répression. La théorie du « furtum usus » rendait inutile, impossible même, la distinction de la faute civile et de la faute pénale. Toute violation, quelle qu'elle fût, du contrat fiduciaire, constituait un vol, et point n'était besoin pour qu'elle tombât sous le coup de la loi criminelle, qu'elle consistât spécialement en l'inexécution de la clause de dessaisissement. Ce fut cette théorie que nos pays de droit écrit recueillirent et conservèrent telle quelle, sans essayer de dégager ni la distinction de la faute civile et de la faute pénale, ni la notion d'une répression spéciale à la violation des contrats fiduciaires. Les autres, au contraire, marquèrent cependant un progrès très sensible dans le sens de la notion actuelle de l'abus de confiance. Ils abandonnèrent en effet la théorie du « furtum usus » la conséquence immédiate en fut la distinction de l'inexécution du contrat fiduciaire, faute civile, et de l'inexécution du même contrat, faute pénale : « En France, dit Serres, nous n'admettons pas d'autre larcin que celui qui se

« fait de la chose même pour se l'approprier ; car dans
« les autres cas, soit de dépôt, de gage ou de commodat,
« on ne doit se pourvoir que par la voie civile pour les
« dommages-intérêts, si on en a souffert, ou si la chose a
« été détériorée (Institut. dr. Franc. 1. 2, T. I, § 6). »

Ainsi donc, l'inexécution de la clause de dessaisissement devait avoir été faite « *causa lucri faciendi* », pour autoriser une poursuite criminelle. La « *causa nocendi* » n'entraînait jamais qu'une poursuite civile.

C'était tomber dans l'excès opposé. La théorie romaine embrassait tous les cas, sans tenir compte de ce que le délit ainsi puni comme *furtum* était avant tout l'inexécution d'un contrat civil.

Le droit postérieur, au contraire, assurait l'impunité à une foule de cas dans lesquels la culpabilité de l'agent ne fait pourtant aucun doute : l'intention de nuire peut être aussi coupable que l'intention d'appropriation. Les défauts de ces deux théories contraires, défauts dont l'importance était égale, et d'ailleurs inévitables quel que fût celui des deux principes adoptés, établissaient le vice primordial de ce système. On voulait assimiler au vol et punir comme tel un délit présentant avec lui des différences qui, pour être délicates à saisir, n'en étaient pas moins bien profondes.

Le vol, en effet, suppose chez son auteur un acte essentiellement positif, une appréhension : prendre ce qui n'est pas à soi : « *rem alienam amovere* ».

L'abus de confiance étant au contraire l'inexécution d'une clause de dessaisissement, ne consiste le plus souvent qu'en un acte négatif : ne pas se dessaisir. Peut-on concevoir un principe plus contraire que celui de ces deux délits ? Vouloir leur appliquer la même répression, c'était se heurter nécessairement à des difficultés de logique et de pratique insurmontables.

Ces difficultés, peu importantes au début, alors que la vie économique du pays ne présentait qu'une animation très restreinte, se précisèrent et s'accusèrent davantage

avec l'augmentation des transactions entre particuliers. L'institution des grands établissements de crédit, le développement des valeurs mobilières, la création de grosses maisons commerciales où les employés ont à manier des sommes parfois considérables, et dont les patrons prirent peu à peu l'habitude de se faire remettre un cautionnement pour garantie de la bonne exécution de leur service, multiplièrent le nombre des contrats fiduciaires. Les cas de violations de ces contrats augmentant dans la même proportion, il devenait nécessaire de protéger efficacement les intérêts des parties en présence tout en assurant le respect de leur liberté individuelle.

Une théorie juridique de l'abus de confiance, spéciale aux violations de contrats fiduciaires, basée sur un principe unique : transformation en faute criminelle et sous certaines conditions de l'inexécution du contrat, normalement simple faute civile, fut élaborée par les législateurs de 1791. Quant aux conditions de transformation de la faute civile en faute pénale, la nature de l'objet du contrat était un guide précieux pour leur détermination. Suivant en effet que cet objet était fongible ou non, l'accipiens, ou jouissait d'une très grande latitude d'action, étant propriétaire de la chose reçue et ayant sur elle tous les droits d'un propriétaire, ou se trouvait au contraire tenu d'obligations très étroites, n'en devenant jamais que simple détenteur. Des conditions rigoureuses devaient donc être exigées au premier cas, pour qu'on pût relever à sa charge une faute non plus seulement civile, mais pénale. Dans le second, l'augmentation du nombre de ses obligations, leur extrême rigueur, permettaient d'incriminer beaucoup plus facilement leur violation.

Enfin et surtout, la distinction du domaine civil et du domaine pénal, fut soigneusement établie. Le principe général de notre droit actuel, qui fait de la loi criminelle une loi d'exception, devant être entendue seulement « *stricto sensu* », était ici d'une application particulièrement intéressante et nécessaire. Avant tout, inexécution

d'un contrat civil, l'abus de confiance met en jeu et des questions de droit civil, et des questions de droit pénal. La loi civile et la loi pénale se trouvent donc concurremment applicables. Cette dernière étant considérée comme de droit strict, loi d'exception, l'application de la loi civile doit être considérée comme la normale. L'inexécution du contrat fiduciaire, par violation de la clause de dessaisissement, n'est donc pas avant tout une faute pénale, elle ne l'est qu'exceptionnellement, c'est-à-dire si les conditions essentielles du délit se trouvent réunies. Le défendeur bénéficie ainsi d'une double présomption : la première, absence de toute faute, même civile ; la seconde, l'inexécution du contrat étant établie, absence du caractère pénal de cette inexécution.

Ce fut du développement logique de ces principes que sortit l'article 408 du Code pénal actuel, qui punit d'une peine spéciale la violation du contrat fiduciaire ; son cadre est resté le même que celui de l'article correspondant du Code de 1791 ; on s'est contenté d'y faire rentrer expressément les diverses sortes de contrats fiduciaires que l'application logique des principes et les besoins de la pratique y incorporaient déjà tacitement. Nous verrons que la loi, si elle a tenu à s'inspirer du principe utilitaire de protection des intérêts privés, n'en a pas moins été soucieuse d'assurer un égal respect de la liberté individuelle ; l'étude approfondie de la conséquence pénale de la violation du contrat fiduciaire, va nous montrer combien il est nécessaire de considérer les deux choses avec une égale faveur ; nous examinerons enfin si la tendance actuelle de la jurisprudence n'est pas d'assurer la prédominance de la première au détriment inévitable de la seconde.

L'ABUS DE CONFIANCE

D'APRÈS LE CODE PÉNAL

I

CONNEXITÉ DU DROIT CIVIL ET DU DROIT CRIMINEL. NÉCESSITÉ DE PRÉCISER LES ÉLÉMENTS DU DÉLIT

Il ne reste actuellement plus rien de l'antique théorie qui punissait des peines du *furtum* la violation du contrat fiduciaire. Le Code pénal, et par les principes généraux qu'il a posés, et plus précisément par son article 408, a déterminé les conditions dans lesquelles l'inexécution de la clause de dessaisissement est susceptible de constituer un délit et d'être réprimée en tant que tel.

« Quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances, ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre de louage, de dépôt, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non, à charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage déterminé, sera puni des peines portées à l'article 406 du Code pénal. » Telles sont les conditions dans lesquelles est punissable la violation des contrats fiduciaires ; l'inexécution d'une obligation civile est ainsi expressément envisagée par la loi comme base du délit

d'abus de confiance, puisque les termes mêmes de l'article 408 exigent :

1° Un contrat, aux termes duquel un objet mobilier a été confié à l'une des parties, à titre de louage, de dépôt ou de nantissement, de prêt à usage, pour un travail salarié ou non — à charge de le représenter, le rendre ou d'en faire un usage déterminé — plus simplement, la remise d'un objet mobilier à l'un des divers titres sus-visés avec assignation de destination ;

2° Le détournement ou la dissipation dudit meuble, autrement dit l'inexécution de la clause aux termes de laquelle la partie réceptionnaire devait le rendre, le représenter, ou en faire un emploi déterminé.

Inexécution d'une obligation dérivant d'un contrat synallagmatique, telle est la formule générale dans laquelle la loi entend faire rentrer tout abus de confiance. Une corrélation des plus étroites existe ainsi dans cette matière, entre le droit civil et le droit pénal. L'inexécution d'une obligation créée par un contrat synallagmatique, relève en effet essentiellement du droit civil. Les articles 1146 et suivants du code civil la traitent avec un grand luxe de détails, et forment un système complet, se suffisant entièrement à lui-même.

Pourquoi, pour certains contrats déterminés, la loi organise-t-elle donc un second système de sanction ? Est-ce pour mieux armer le créancier et lui donner en cette matière le droit de poursuivre indistinctement son débiteur, au civil comme au criminel ?

On voit tout de suite quelle application exceptionnellenient large recevrait l'article 408 s'il pouvait être ainsi entendu ; la poursuite pénale, plus rapide, moins coûteuse, moins encombrée de procédure, serait de beaucoup préférée par les créanciers qui y trouveraient le moyen le plus efficace de faire valoir des prétentions aussi bien justes qu'injustes. Un différend survenu à l'occasion d'un

contrat de mandat ou de dépôt suffirait à amener un débiteur d'entière bonne foi sur les bancs de la correctionnelle, à le transformer en prévenu.

Et l'on sait que si les procès civils sont considérés comme des événements normaux, pouvant arriver journellement dans les affaires, il n'en est pas de même des procès criminels, la suspicion étant « à priori » jetée sur tout prévenu.

Par crainte du scandale, du tort presque irréparable que lui ferait un procès intenté au criminel, un mandataire, un dépositaire, seraient souvent amenés à transiger à des conditions onéreuses, avec un adversaire vis-à-vis duquel ils se trouveraient dans un état d'infériorité ne leur permettant pas d'apporter à la défense de leurs droits toute la liberté nécessaire, et le champ serait ainsi largement ouvert aux pires abus et aux chantages les plus éhontés.

Aussi ne faut-il pas oublier que, pour coexister avec l'action civile, l'action pénale n'en est pas pour cela une action de droit commun ; que, bien au contraire, elle est une action exorbitante du droit commun, et que les textes qui l'autorisent doivent être entendus « *stricto sensu* ».

Toute action pénale suppose un délit ; si l'inexécution des contrats visés à l'article 408 donne lieu à l'action pénale, c'est parce qu'elle constitue un délit.

Or, tout délit se compose de deux groupes d'éléments :

1° Des éléments généraux et essentiels, communs à tous les délits, en l'absence desquels le fait incriminé peut constituer une faute, un quasi-délit, mais non un délit tel que l'entend le code pénal ;

2° Des éléments spéciaux à chaque espèce de délit et qui servent à les distinguer et les qualifier.

Le fait dans lequel on voudra relever un abus de confiance devra, par suite, réunir ces deux groupes d'éléments et, en vertu de ce principe que la poursuite criminelle est ici une poursuite d'exception, exorbitante du

droit commun, il ne devra subsister aucun doute sur la présence des éléments essentiels du délit. C'est le point principal qui devra retenir davantage l'attention du juge, et non seulement l'absence, mais encore l'incertitude de leur présence devra suffire pour faire relaxer le prévenu des fins de la poursuite. Sa responsabilité civile pourra être engagée, mais il ne faut pas oublier que, ni la négligence, ni même l'imprudence dont il peut s'être rendu coupable ne peuvent servir de base à une action criminelle, poursuite d'exception, la poursuite civile restant le droit commun.

II

CONDITIONS D'EXISTENCE DU DÉLIT D'ABUS DE CONFIANCE

§ 1^{er}. — *Rappel sommaire des principes généraux.*

Manifestation de l'activité humaine, le délit suppose nécessairement un auteur, et un acte accompli par cet auteur. Toute législation doit l'envisager à ce double point de vue : et dans son auteur et dans son objet. Qui peut être puni ? telle est la question dont la solution répond à l'examen du premier : « Quels actes sont punissables ? » Telle est celle dont le second nécessite l'étude. Ces deux questions ont été et sont toujours la base de toute législation pénale, et notre Code a dû, comme les autres, les poser et les résoudre.

A la première, il a répondu par l'art. 63 ainsi conçu : « Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en « état de démence au moment de l'action, ou lorsqu'il a été « contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. » Pas de consentement, pas de criminalité ; le consentement, base de la responsabilité, est donc un premier élément indispensable à l'existence même du délit : « Il n'y a ni crime ni délit... » dit le Code : c'est l'élément moral.

A la seconde question : « Quels actes sont punissables ? », le Code a répondu d'abord par l'art. 3 : « Les « tentatives de délit ne sont considérées comme délits, que « dans les cas prévus par une disposition spéciale de la « loi », et la loi ne punissant ces tentatives que lorsqu'elles sont elles-mêmes un acte extérieur de la volonté,

distinct de la simple intention, il s'ensuit que dans tous les cas il faut, pour qu'il y ait délit légal, un acte positif, tangible, qui formera l'élément matériel du délit : pas de délits d'intention ; alors même qu'un agent conscient, responsable, aurait pris la décision bien arrêtée de commettre un délit, il ne serait pas punissable, l'absence d'élément matériel entraînant l'inexistence du délit.

Un auteur responsable, un acte de cet auteur sont deux éléments du délit indiqués par la raison même, par la loi naturelle. En théorie pure, ils suffiraient à baser la répression du délit. Mais il faut compter avec les faiblesses humaines, auxquelles les juges sont sujets, comme les autres. Les anciennes législations se contentaient de ces deux éléments, d'où la part excessive d'arbitraire laissée au magistrat. Ce pouvoir de punir un acte quelconque, s'il le jugeait répréhensible, même à la condition qu'il fût commis par un auteur responsable, laissait au juge une latitude d'appréciation qui fut l'une des causes de la plupart des abus de notre ancien droit criminel. Aussi, le souci du Code a-t-il été de réduire autant que possible cet arbitraire du juge, de l'enfermer dans des règles strictes dont il ne puisse s'écarter : c'est pour cela qu'à la seconde question il ne s'est pas contenté de répondre par l'art. 3, exigeant un acte matériel pour l'existence du délit. Il exige encore que le fait matériel, commis par un auteur responsable, soit expressément prévu et puni par la loi : nul fait n'est punissable qui ne soit déclaré tel par une disposition légale formelle, nulle peine applicable qui ne soit spécialement édictée. Le droit criminel est un droit essentiellement étroit, ses textes ne devant être entendus que « *stricto sensu* » : tel est le principe que les rédacteurs du Code ont mis à la base de leur système pénal, l'affirmant dès l'art. 1^{er} pour les trois grandes espèces d'infractions : « *L'infraction que les lois punissent de peines de simple police est une contravention ; — l'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit ; — l'infraction que les lois punissent*

« de peines criminelles est un crime » ; — il est impossible d'énoncer plus clairement la légalité des actes punis et des peines édictées par le Code.

Aux deux premiers éléments, le Code pénal en a donc ajouté un troisième, l'élément légal, pour restreindre l'arbitraire du juge, et ce but même, l'importance exceptionnelle qui lui a été donnée, place l'élément légal, comme élément constitutif du délit, au même rang que l'élément moral et que l'élément matériel.

Trois sortes d'éléments devront ainsi se trouver réunis dans tout fait incriminé, pour qu'il puisse être puni comme délit : l'élément moral, l'élément matériel et l'élément légal. Eléments généraux, constitutifs du délit, ils devront s'y retrouver, indépendamment des éléments spéciaux à chaque espèce, prévus par les dispositions particulières du Code. C'est ainsi que dans notre matière de l'abus de confiance, l'art. 408 n'exige que « le détournement de la chose confiée à l'un des divers titres qu'il « vise ». Cela ne veut pas dire que la seule présence de ce détournement sera suffisante pour le faire considérer comme abus de confiance. Indépendamment de ce détournement, l'acte incriminé devra présenter les trois éléments constitutifs de tout délit, savoir : d'abord, l'élément moral, le consentement de l'auteur, puis l'élément matériel, la réalisation du fait reproché, enfin l'élément légal : le fait de détournement devant s'être produit dans les circonstances et avec les caractères prévus par la loi.

La manifestation de ces éléments pourra à la vérité ressortir de l'examen des circonstances de la cause, mais cet examen même devra avoir pour but de les en dégager. Leur importance doit empêcher le juge de les faire passer au rang d'éléments secondaires : la loi les exige comme essentiels, constitutifs du délit — le juge doit s'incliner et les traiter comme tels, sans se contenter d'induire tacitement leur présence des circonstances de la cause ; — s'il le fait, du moins devra-t-il justifier clairement et entièrement son induction ; une telle exigence est nécessaire et

voulue par la loi qui vise avant tout, en droit criminel, à réduire dans la plus large mesure possible la part d'arbitraire du juge.

§ 2. — *L'élément moral en matière d'abus de confiance.*

Aucun fait ne peut constituer un délit, si le consentement de son auteur n'a présidé à son exécution, c'est-à-dire s'il n'est l'œuvre d'une volonté, et d'une volonté consciente et libre. Là donc, où ne seront pas réunis l'intention, la conscience et la liberté, il ne sera pas possible de voir un délit, le défaut de consentement privant l'acte de son élément moral. L'intention, la conscience et la liberté sont donc les trois conditions dont la réunion constitue le consentement, élément moral de l'infraction.

Mais qui dit élément moral dit par là même-élément abstrait, immatériel, d'où difficulté plus ou moins grande selon les cas, mais toujours réelle à le saisir, un élément abstrait ne pouvant être qu'induit de circonstances matérielles données ; son existence n'est pas susceptible de preuve directe, elle doit être établie par un raisonnement, par une induction dont la valeur probante est nécessairement abandonnée à l'appréciation, à l'intime conviction du magistrat.

A la vérité, la liberté et la conscience ne présenteront de difficultés que rarement, elles constituent en effet l'état normal de l'individu, qui, par suite, est présumé agir librement et sciemment ; s'il prétend avoir été contraint, ou avoir agi en état de démence il sera facile de le vérifier ; la contrainte et la démence sont des faits concrets, susceptibles de preuve directe ; l'absence de liberté ou de conscience résultera de leur preuve : elles sont en effet des circonstances exclusives de toute liberté et de toute conscience.

Il n'en est au contraire pas de même de l'intention, dont l'existence ne peut être qu'induite des circonstances de la

cause, des faits matériels prévus par la loi comme constituant le corps du délit ; l'élément matériel et l'élément légal une fois réunis, le juge doit en induire par son raisonnement propre la présence de l'élément intentionnel. Etant donnés les faits incriminés, il a à apprécier s'ils ont été commis intentionnellement : l'induction est abandonnée à ses lumières et à sa prudence.

Mais si, pour rechercher la présence de l'élément intentionnel, le juge jouit d'une liberté souveraine, du moins cet élément, qu'il aura cru pouvoir dégager des faits matériels, devra-t-il présenter les caractères que la loi exige de l'intention, pour qu'elle soit capable, par son contact, de transformer en délit les faits matériels incriminés. La liberté du juge sera restreinte et dans son point de départ, et dans son point d'arrivée. Il devra partir des circonstances matérielles prévues par la loi, et aboutir à un but dont la loi fixe également les caractères, le cadre dans lequel il doit rentrer.

C'est justement à la détermination et à la précision de ces caractères en matière d'abus de confiance, que doit nous conduire l'étude particulière et spéciale de ce délit.

Nous avons donc à rechercher quels caractères spéciaux l'intention de l'auteur doit présenter pour rendre punissable la violation des contrats fiduciaires.

Tout délinquant doit, pour être responsable, avoir l'intention de commettre les faits matériels prévus par la loi comme constituant l'élément matériel et l'élément légal du délit.

Or, en matière d'abus de confiance, ces faits sont, aux termes de l'art. 408, le détournement ou la dissipation de l'objet mobilier confié à certains titres déterminés, c'est-à-dire l'inexécution de la clause d'assignation de destination imposée par le contrat synallagmatique. Vouloir se soustraire à cette obligation, telle doit être en premier lieu l'intention de l'auteur du délit.

Mais cette intention ne suffit pas, il pourrait arriver en effet qu'elle fût légitime, que l'agent ait de justes raisons

de vouloir ne pas exécuter son contrat : son cocontractant peut par exemple ne pas exécuter lui-même ses obligations ; aux termes de l'art. 1146 du Code civil, il serait alors autorisé à refuser l'exécution des siennes. Pour servir de base à la responsabilité pénale, l'intention de l'auteur doit être frauduleuse : l'acte doit avoir été accompli avec l'intention de nuire à son cocontractant, d'agir au mépris, en fraude de ses droits.

Faut-il aller plus loin et exiger de l'auteur du délit l'intention non seulement de nuire à autrui, mais encore de s'approprier les objets reçus ?

Il est en premier lieu une série de cas où la nécessité de l'intention d'appropriation apparaît comme certaine. Il en est ainsi lorsque le dépositaire, le mandataire... ne sont pas tenus de rendre, représenter ou employer la chose même qu'ils ont reçue, mais seulement son équivalent. On dit que dans ces cas, le dépôt fait entre leurs mains est irrégulier : tels sont le plus souvent les dépôts de choses fongibles, spécialement de deniers ; jamais le déposant ne prend soin de décrire dans le contrat les deniers confiés, de manière à pouvoir les individualiser, les distinguer du patrimoine du dépositaire, avec lequel ils se confondent par le seul fait de la tradition. Le dépositaire de choses fongibles ainsi remises, — le plus souvent avec stipulation d'intérêts, acquiert le droit d'en disposer, il en devient propriétaire, elles s'ajoutent à son patrimoine et deviennent, comme ses autres biens, le gage général de ses créanciers. Le mandant, le déposant, de leur côté perdent tout droit sur les objets mêmes qu'ils ont remis ; ils ont suivi la foi de leur cocontractant, ils n'ont plus contre lui qu'un droit de créance ordinaire, purement chirographaire.

Nous verrons plus loin, en étudiant l'élément matériel du délit, que l'inexécution de la clause de dessaisissement est alors inséparablement liée à l'appropriation de l'objet à rendre ou employer. L'élément intentionnel, consistant en la volonté, libre et consciente de commettre

les faits, éléments matériels du délit, devra donc en pareil cas viser à l'appropriation de l'objet. Le prévenu chez lequel cette intention d'appropriation fera défaut n'aura pas voulu commettre un abus de confiance, parce qu'il n'aura pas voulu contrevenir à l'obligation de dessaisissement dont il était grevé, il aura pu malgré tout violer le contrat fiduciaire, mais une violation consommée dans de telles conditions ne saura jamais constituer qu'une faute civile et non une faute pénale.

Mais la question devient beaucoup plus délicate lorsqu'il s'agit non plus d'un dépôt irrégulier, mais d'un dépôt régulier, lorsque l'obligation de rendre, de représenter ou d'employer porte sur la chose même et non sur un équivalent. Ici, en effet, le consignataire de la chose est tenu d'une façon beaucoup plus stricte, beaucoup plus étroite, par cela même qu'une fois l'objet du dépôt disparu, la libération du débiteur n'est plus possible.

Le dépositaire, le mandataire, le locataire ne deviennent jamais propriétaires du dépôt régulier, qu'il soit constitué par un corps certain, ou par une chose fongible individualisée, reconnaissable entre ses semblables, soit par la description qu'en a faite le déposant, soit par les précautions qu'il a prises (deniers renfermés dans un sac cacheté, par exemple). Ils n'ont pas le droit d'en disposer, pas même celui de s'en servir d'une manière autre que celle prévue au contrat. Le bailleur, le déposant ou le mandant ont conservé sur la chose les droits qu'ils avaient avant sa consignation ; en étaient-ils propriétaires, par exemple, la tradition par eux opérée en vertu du contrat fiduciaire ne leur a pas fait perdre ce droit de propriété. Ils ont contre leur cocontractant une action en restitution garantie par un privilège, tant que la chose est encore entre ses mains : s'il vient à tomber en déconfiture ou en faillite, ils ne sont pas soumis à la loi du concours avec ses autres créanciers.

Les rapports juridiques existant ici entre les parties diffèrent profondément de ceux qui les liaient dans

l'espèce précédente ; nous verrons également, en étudiant l'élément matériel du délit, qu'aussitôt qu'il aura disposé du dépôt de manière à ne pouvoir lui donner la destination assignée, l'accipiens sera réputé avoir violé l'obligation de dessaisissement, sans que l'appropriation de la chose doive s'ensuivre nécessairement.

Or, c'est précisément cette violation frauduleuse du contrat fiduciaire qui constitue la base matérielle nécessaire, mais suffisante, de l'abus de confiance.

Comme il suffit, pour être punissable, que l'auteur du délit veuille frauduleusement commettre l'acte délictueux, élément matériel du délit, la simple intention frauduleuse de violer l'obligation de rendre, restituer ou employer, née du contrat fiduciaire, est nécessaire et suffisante pour établir sa culpabilité, en matière d'abus de confiance. Si donc, comme en l'espèce, l'élément matériel du délit ne comporte pas nécessairement une appropriation, l'intention requise chez son auteur ne sera pas nécessairement l'intention d'appropriation : la simple intention de nuire suffira.

Vouloir se soustraire à l'exécution du contrat fiduciaire dans le but de nuire à son cocontractant, et dans certains cas, de s'approprier l'objet reçu, telle doit donc être l'intention de l'auteur du délit. Cette intention est la base même de sa culpabilité, elle est nécessaire non seulement à l'existence de la criminalité légale, mais encore à celle de la simple faute morale ; tandis que l'élément matériel et l'élément légal sont des éléments artificiels, indispensables seulement à la bonne administration de la justice, l'élément moral est au contraire un élément naturel, sa seule présence rend l'individu répréhensible, constitue un péché, une faute morale. Les deux autres éléments ne sont exigés que par la loi humaine qui, sous peine de s'égarer, doit se borner au domaine des faits extérieurs, et ne peut pénétrer dans l'intimité si délicate de la conscience ; l'élément moral de l'infraction, au contraire, est exigé à la fois par la loi morale et par la loi humaine ; il est donc

permis de dire que, des trois éléments constitutifs du délit, il est le plus important.

Cette importance même conduit à exiger que le juge en fasse une étude, un examen tout spécial : il serait en effet singulier que le plus nécessaire des éléments du délit soit précisément celui qui retint le moins l'attention. S'il est, à la vérité, celui dont l'existence est la plus délicate à établir, il n'en est pas moins la base de la criminalité de l'agent : il doit être traité comme tel, et si la difficulté de la preuve doit profiter à quelqu'un, ce n'est certes pas à l'accusation, mais à l'inculpé, présumé innocent, jusqu'à entière preuve du contraire.

Il serait donc absolument faux et contraire à l'esprit de notre législation, de déduire la présence de l'élément intentionnel de la seule existence des faits matériels prévus par la loi comme constituant le corps du délit : dire que le fait matériel du détournement établi, l'accusation n'a plus rien à prouver ; que l'intention frauduleuse du prévenu est de ce seul chef présumée avoir guidé ses actes ; que s'il veut s'exonérer du fardeau de cette présomption, il lui appartient d'établir sa bonne foi, et qu'à défaut par lui de rapporter cette preuve, il doit être convaincu d'avoir intentionnellement commis le délit, serait rejeter sur la défense la preuve la plus délicate à établir en matière criminelle. La loi exige, pour qu'il y ait délit, la réunion de deux groupes d'éléments :

a) Des éléments généraux, communs à tous les délits et constitutifs de la criminalité ;

b) Des éléments spéciaux à chaque délit, constituant le corps du délit.

L'accusation qui prétend relever à la charge du prévenu l'existence de tous ces éléments, doit établir ses prétentions relativement à chacun d'eux ; il serait inadmissible qu'elle en fût dispensée justement à l'égard du plus important.

Et d'ailleurs, quelle certitude donnerait une présomption tirée de la seule existence des faits matériels de détournement ?

Le simple fait, par un individu, de n'avoir pas exécuté la clause de restitution ou d'emploi dont il était grevé aux termes d'un contrat fiduciaire, est un fait des plus équivoques. Il pouvait avoir aussi bien un motif légitime de se refuser à cette exécution : inexécution des obligations dont était tenu son cocontractant lui-même aux termes du contrat fiduciaire, — perte de l'objet du dépôt par cas de force majeure, etc... L'élément intentionnel ne coexiste pas nécessairement avec l'élément matériel et l'élément légal, — et réciproquement ces derniers peuvent parfaitement exister sans lui. Pourquoi présumer à sa charge et dès le premier abord l'intention frauduleuse ? Ne serait-ce pas contraire à la présomption d'innocence que la loi a, au contraire, établie en faveur de tout prévenu ?

Il est certain que la preuve de la bonne foi peut être parfois facile pour l'inculpé ; — mais ne peut-il donc se présenter des cas où elle serait extrêmement difficile, ne pourrait-il par exemple avoir été dépossédé de l'objet du dépôt sans qu'il lui fût possible d'établir le fait matériel du vol ? de l'avoir perdu sans qu'il puisse prouver cette perte ? Il serait donc condamné, faute de pouvoir établir son innocence ?

Ce serait une conséquence nécessaire de la théorie qui admettrait que le seul fait matériel du détournement fait présumer l'intention frauduleuse de l'agent.

La bonne foi, autrement dit l'innocence, puisque l'une entraîne nécessairement l'autre, passeraient ainsi à l'état d'exception, l'exception de bonne foi que le prévenu serait tenu d'opposer à ses accusateurs pour se disculper. Or, le Code a énuméré limitativement les exceptions ; il est impossible à l'interprète de la loi d'ajouter à celle-ci, en créant une nouvelle et véritable exception de fait.

L'adoption d'une semblable théorie est donc impossible sans contradiction flagrante avec la loi. L'intention frau-

duleuse, élément spécial du délit, doit être constatée d'une manière spéciale par le juge, comme chacun des autres éléments du délit, pour que la preuve de celui-ci soit complète à l'égard de l'inculpé.

Cette constatation est à la vérité abandonnée à l'intime conviction du juge. Elle est faite par lui d'une manière souveraine, et la décision qu'il aura prise sur ce point n'est susceptible d'aucun contrôle. Mais encore ici faut-il faire des réserves. L'immunité dont jouit la décision du juge n'est entière qu'à la condition de rester dans certaines limites. Le juge constate souverainement que l'individu a violé sciemment et intentionnellement le contrat fiduciaire, mais là se borne son pouvoir, et il ne saurait constater souverainement que l'intention du prévenu possède tous les caractères requis par la loi.

Incompétente en effet sur toutes les questions de fait, la Cour de Cassation exerce en revanche son contrôle sur les décisions des juges du fond, dans les rapports de celles-ci avec les dispositions légales.

Sur les questions de fait, une plus grande certitude ne serait pas résultée de leur examen fait par un troisième degré de juridiction ; la preuve est ici abandonnée à l'intime conviction du juge ; le juge du troisième degré aurait autant de chances de se tromper que celui du premier et du second ; il serait comme eux, réduit à se servir du raisonnement humain, raisonnement faillible pour lui comme pour ceux qui l'auraient précédé.

S'agit-il au contraire d'apprécier les rapports des faits déclarés constants avec les dispositions légales qui les concernent ? le contrôle d'une juridiction suprême a toutes les chances voulues de s'exercer utilement et efficacement. Ici, en effet, plus d'intime conviction du juge : il doit suivre, pour établir ces rapports, des règles fixes, déterminées et par la logique et par la loi. Sa conviction se formera au moyen d'un syllogisme dont la conclusion ressort inévitablement du rapprochement d'une première proposition, la majeure, fournie par la loi elle-même, et

d'une seconde, la mineure, fournie par les faits qu'il déclare constants.

C'est ainsi qu'en matière d'abus de confiance par voie de détournement d'un dépôt irrégulier, les faits une fois constatés, le juge devra, pour établir leur rapport avec la loi, se baser sur le syllogisme suivant :

(Majeure). — La loi exige l'intention d'appropriation comme base de la culpabilité du prévenu ;

(Mineure). — Or, en fait, le prévenu a eu l'intention de s'approprier ce qu'il devait restituer.

(Conclusion). — Donc, l'intention du prévenu est bien celle que la loi exige comme base de sa culpabilité.

La seconde prémisse, seule, est appréciée souverainement par le juge parce qu'elle est un élément de fait.

La première, au contraire, est un élément essentiellement légal, puisqu'elle est constituée par la disposition de la loi elle-même; est-elle mal posée par le juge, il y a violation de la loi, par suite ouverture au contrôle de la Cour suprême ; si, par exemple, dans l'espèce prévue, le juge posait comme proposition majeure que « la loi « n'exige que l'intention de nuire comme base de culpabilité en matière d'abus de confiance par voie de détournement d'un dépôt irrégulier », sa décision serait sujette à cassation pour violation de la loi.

Dans la conclusion, le juge a à tirer du fait qu'il a reconnu constant la conséquence légale qu'il comporte, il a à lui appliquer la disposition de la loi qui constitue la majeure de son syllogisme ; cette conclusion est-elle faussement déduite, il y a fausse application de la loi ; ici donc encore, ouverture au contrôle de la Cour de Cassation, contrôle utile en ce qu'il assure l'uniformité de l'interprétation de la loi ; efficace, parce qu'il est toujours d'un exercice facile.

Or, si l'existence de l'intention frauduleuse est une question de fait, tranchée souverainement par le juge, il en est autrement de ses caractères légaux. L'intention relevée chez l'agent du délit est-elle celle qu'exige la loi ?

C'est ici une question de droit pur. Après avoir constaté que le prévenu a voulu commettre les actes, élément matériel du délit, qu'il a voulu les commettre, soit dans le simple but de nuire à son cocontractant, soit dans celui de s'approprier ce qu'il devait restituer, le juge aura à dire si cette intention est bien celle que la loi exige pour la culpabilité de l'auteur de l'abus de confiance, autrement dit, il aura à qualifier l'intention constatée, à établir ses rapports avec la loi ; il ne s'agit donc plus ici d'une question de fait, mais bien de l'application de la loi, donc d'une question juridique au premier chef, dont la solution relève par suite du contrôle de la Cour suprême.

En décider autrement eût été un illogisme pur ; le Code eût restitué au magistrat sur un point, l'arbitraire qu'il lui enlevait sur un autre ; où le contrôle d'une juridiction suprême eût été inutile, la loi a consacré la souveraineté du juge du fond. L'inutilité du contrôle est ainsi la mesure de la souveraineté, là donc où reparaissent son utilité et son efficacité, cesse la souveraineté ; et c'est ici le cas ; le contrôle est utile, parce que l'erreur est ici facile à apercevoir et à redresser ; il est efficace parce que sa facilité même assurera le respect par le juge du fond, de tous les caractères légaux de l'intention frauduleuse et l'empêchera de se contenter d'une preuve sommaire ou non adéquate de l'existence d'un élément aussi essentiel.

§ 3. — *L'élément matériel en matière d'abus de confiance.*

Après avoir envisagé le délit d'abus de confiance dans son auteur, et solutionné la première question : « Qui peut être puni ? », il est nécessaire de l'envisager dans son objet et de résoudre la seconde : « Quels actes sont punissables ? »

Il est en premier lieu de principe, dans notre système pénal, que seul un acte extérieur de l'agent peut tomber sous le coup de la loi. Cet acte doit constituer une mani-

festation précise, tangible, de l'activité humaine, il doit être entièrement sorti du domaine de la conscience et passé dans celui des faits matériels, il doit tomber sous les sens de l'observateur. Le droit moderne n'admet plus de délits d'intention ; théoriquement même, il n'en a jamais été admis, puisqu'un jurisconsulte romain posait déjà en principe cette règle : « Cogitationis poenam nemo patitur », règle reproduite par les juristes de notre ancien droit, mais qui, malheureusement, avait reçu plus d'une atteinte de fait. Notre droit actuel l'a restaurée, lui a rendu la place qui lui est nécessaire pour permettre au juge, non seulement de frapper à coup sûr, mais de ne frapper qu'à coup sûr. En d'autres termes, ce que le juge peut et doit incriminer et punir, ce ne sont pas les simples fautes morales, mais seulement les violations consommées de la loi positive, les actes délictueux matériels.

Aux termes de l'article 3 du Code pénal, les tentatives de délits ne sont punissables que dans les cas spécialement et expressément prévus par la loi. Or, dans ces cas, pour que la tentative soit punissable, il est nécessaire qu'elle soit constituée par un acte matériel consommé ; il s'ensuit donc qu'aucun acte ne peut être puni comme délit, s'il n'est entièrement sorti de cette période préparatoire où il reste encore à l'état de simple projet, de simple intention, où il est recouvert par le voile ténébreux de la conscience. C'est seulement lorsque sera survenue la période d'exécution matérielle que la loi pénale pourra utilement et sûrement intervenir.

En matière d'abus de confiance, la loi n'incrimine pas la simple tentative, elle ne le pourrait d'ailleurs sans risquer d'induire le juge en de fréquentes erreurs, les actes d'exécution simplement préparatoires sont ici trop équivoques pour pouvoir être appréciés avec certitude ; ils sont, pour la plupart, accomplis journellement dans la pratique des affaires, placements d'argent, envois de capitaux à l'étranger, ventes d'objets immobiliers, etc.....

le juge ne saurait y distinguer l'intention coupable du prévenu ; le préjudice que celui-ci doit causer aux personnes visées par l'article 408 ne serait qu'à peine indiqué, quand il le serait ; l'abus de confiance ne sera punissable que lorsqu'il sera entièrement et indiscutablement consommé, lorsque le détournement ou la dissipation seront devenus effectifs.

Détournement ou dissipation, tel est l'élément matériel de notre délit. Mais qu'entendre au juste par ces mots ; visent-ils chacun une catégorie de faits différents, ou bien le second terme ne vient-il pas plutôt augmenter le champ, le domaine d'application du premier ?

Le Code ne donnant de définition légale ni de l'un ni de l'autre, l'interprète en est réduit à son propre raisonnement pour résoudre cette question. Or, nous avons vu que l'abus de confiance se résout en définitive en l'inexécution d'une obligation de rendre, restituer ou employer ; le détournement et la dissipation équivalent donc, en tant qu'élément matériel de l'abus de confiance, à cette inexécution. Or, deux termes équivalents à un troisième sont nécessairement équivalents entre eux. Il suit de là que les expressions « détournement » et « dissipation » ne sont que deux désignations différentes d'un même acte, l'inexécution d'une obligation née d'un contrat fiduciaire ; tout au plus pourrait-on admettre que, par dissipation, la loi a voulu embrasser tous les cas possibles de détournements.

Mais l'obligation du débiteur diffère selon qu'elle porte sur un équivalent de ce qu'il a reçu, ou sur cet objet même, c'est-à-dire suivant que le dépôt est régulier ou irrégulier. L'élément matériel — violation de cette obligation — différera donc dans ces deux cas, qui doivent par suite être examinés successivement.

Supposons, en premier lieu, que le dépôt soit irrégulier. Nous avons déjà vu, à propos de l'élément intentionnel que le dépositaire devient propriétaire de ce qu'il a reçu,

et que l'obligation qu'il contracte porte seulement sur ce qu'il doit restituer ou employer ; il n'est tenu de fournir qu'un équivalent des objets déposés « in quantitate ».

C'est seulement lorsque l'inexécution de cette obligation est consommée que l'élément matériel du délit existe, d'où la nécessité de déterminer ce moment de la façon la plus précise.

Nous pouvons, à cet effet, poser d'ores et déjà comme principe évident, qu'antérieurement à l'exigibilité de l'obligation aucune inexécution n'est possible.

Or, en matière de contrats fiduciaires, deux situations sont susceptibles de se présenter : ou bien la restitution, la représentation ou l'emploi sont exigibles à une date fixe, ou bien aucune échéance n'ayant été stipulée, l'exécution de l'obligation peut être réclamée à la volonté du tradens.

Au premier cas, l'obligation de dessaisissement n'est exigible qu'à l'échéance, c'est seulement à partir de ce moment qu'elle est susceptible d'être violée par l'accipiens, l'élément matériel du délit ne saurait, en aucun cas, avoir une existence antérieure.

Au second cas, la première réquisition du créancier fixera la date de l'exigibilité, donc le moment où dès alors l'inexécution du contrat fiduciaire est possible, et par là même, l'existence de l'élément matériel.

Il suit de là qu'avant l'échéance ou la mise en demeure, le débiteur n'est tenu d'aucune obligation ; aucun des actes qu'il aura faits avant cette époque ne pourra être incriminé ; il aura pu préparer la consommation de l'acte délictueux ; il aura pu, par exemple, mettre à l'abri de toutes recherches les capitaux reçus ; il aura pu en faire un autre emploi que celui qui lui est prescrit, dissimuler son actif, etc... ; tous ces actes ne seront que les prémisses de l'inexécution définitive, ils ne la constitueront pas à eux seuls ; le créancier pourra voir par eux ses intérêts menacés, mais tant que l'échéance n'est pas arrivée, l'obli-

gation ne peut être réputée inexécutée, la consommation du détournement est impossible.

Au contraire, à partir de l'échéance ou de la mise en demeure, le débiteur qui ne s'exécute pas contrevient à son contrat ; le fait délictueux est alors possible, mais existe-t-il nécessairement dès ce moment ? Autrement dit, la non exécution du contrat à l'échéance équivaut-elle à l'inexécution ? Pourra-t-on dire que l'abus de confiance est consommé en fait par cela seul que la restitution ou l'emploi ne sont pas alors accomplis ?

Si nous envisageons l'obligation du débiteur dans son objet, nous pouvons voir en elle deux éléments distincts l'un de l'autre :

1° La restitution ou l'emploi de l'objet du dépôt ;

2° L'accomplissement de cette obligation à l'échéance convenue.

Le premier est l'élément constitutif de l'obligation, il en est l'élément principal, son absence en entraînera nécessairement l'inexécution définitive.

Le second, au contraire, n'est qu'un élément accessoire dont l'absence n'entraîne pas nécessairement celle du premier, elle pourra constituer un retard dans l'exécution du contrat, mais non l'inexécution définitive, consommée, en qui seule peut consister l'élément matériel de l'abus de confiance, le détournement au sens légal du mot.

Il faudra donc se garder de confondre ici inexécution et exécution tardive, l'une et l'autre ayant des conséquences si différentes.

Seule, la première constitue l'élément matériel de l'abus de confiance. Seule aussi, la première, par son adjonction avec l'élément intentionnel, peut donner naissance à ce délit. C'est seulement si l'obligation du débiteur peut être tenue pour inexécutée, que son élément matériel peut exister, et elle sera tenue pour telle, soit au

cas de refus volontaire, soit au cas d'impossibilité d'exécution.

Quant au refus opposé par le débiteur, en premier lieu, comment le constater d'une manière certaine ? A cette fin, un acte est tout indiqué par la loi elle-même ; c'est la mise en demeure et, par mise en demeure, il faut entendre ici, non seulement les actes extra-judiciaires qui portent ce nom en procédure, sommation, citation, assignation, etc..., mais aussi toute demande précise et formelle du créancier.

La suite donnée par le débiteur à cette mise en demeure fera nécessairement ressortir son refus. Ou bien, en effet, il l'opposera d'une manière formelle, et alors nul doute ne pourra subsister sur l'inexécution de l'obligation, ou bien, il le masquera sous de fallacieux prétextes, fausses apparences destinées uniquement à tromper le créancier, et dont le défaut de base sérieuse fera ressortir le refus non formellement avoué de restituer ou employer les objets reçus.

C'est seulement lorsque ce refus aura été ainsi exprimé, lorsqu'il existera non plus seulement dans l'intention du débiteur, mais lorsqu'il aura une existence de fait, que l'inexécution sera définitive. C'est seulement alors que sera possible la consommation du détournement, élément matériel de l'abus de confiance, et que l'inculpé pourra avoir commis un acte punissable.

L'élément matériel du délit est ici résultat d'un acte volontaire du débiteur. Mais il se peut aussi que, malgré sa volonté, l'exécution de l'obligation soit devenue impossible et, par suite, son inexécution certaine. Ainsi en est-il aux cas de déconfiture ou de faillite. La restitution ou l'emploi ne pouvant plus alors avoir lieu, l'obligation est définitivement réputée inexécutée. Doit-on dire qu'en ce cas l'inexécution est possible avant l'exigibilité ? Nullement, car si nous admettons que l'élément matériel de l'abus de confiance puisse exister dès le moment où la déconfiture ou la faillite mettent un obstacle définitif à

l'exécution du contrat fiduciaire, il faut observer que l'accipiens se trouve alors déchu du bénéfice du terme. Que le dessaisissement soit volontaire ou impossible, l'élément matériel du délit ne différera ni dans le temps (moment de l'exigibilité), ni dans les faits (inexécution d'une clause d'assignation de destination). Dans les deux cas, la contravention à cette dernière obligation la fait tenir pour inexécutée et peut servir de base à l'élément matériel.

Mais emportera-t-elle nécessairement sa pleine et entière réalisation ? L'élément matériel de l'abus de confiance sera-t-il réputé exister, par cela seul et chaque fois que le contrat fiduciaire sera tenu pour inexécuté ? La faute pénale serait-elle donc en fait constituée de même que la faute civile ? Une pareille théorie serait inadmissible, le Code pénal est un code d'exception, la répression civile, là où la loi l'organise, est le droit commun. Par détournement, l'article 408 n'a pu entendre n'importe quelle violation du contrat fiduciaire, mais seulement une catégorie de violations d'une gravité spéciale.

Et ce caractère de gravité nécessaire, nous l'avons déjà vu en étudiant l'élément intentionnel de l'infraction, c'est l'appropriation. Si l'acte incriminé nuit simplement au plaignant, s'il ne constitue à son égard un appauvrissement, une diminution de patrimoine au profit de celui de son cocontractant, il est impossible d'y voir l'élément matériel de l'abus de confiance.

L'accipiens, en effet, devenu propriétaire des choses reçues par l'effet même de leur fongibilité, peut sans excéder ses pouvoirs, et en vertu de son droit de propriété, les employer à son usage personnel ou à tout autre qui lui conviendra ; il ne fera qu'user d'un droit qui lui appartient indiscutablement ; il ne pourra donc, de ce chef, être poursuivi comme coupable d'abus de confiance.

Est-ce à dire qu'en ce cas l'existence même du délit soit impossible ? qu'un banquier recevant des sommes

d'argent de ses clients, avec mandat d'acheter des valeurs déterminées, ne saurait, en aucun cas, tomber sous le coup de l'article 408 du Code pénal, quelque usage qu'il fasse des deniers ainsi reçus ?

Il n'en est rien, quoique cela semble bien, en effet, résulter, au premier abord, des termes mêmes de l'article 408. La loi, en ne visant que le cas où l'objet a été confié à charge de le représenter, le rendre ou d'en faire un usage déterminé, paraît ne viser que le cas où l'obligation porte sur cet objet même et non sur un semblable, comme dans l'espèce où le déposant, le mandant... suivent la foi de leur cocontractant.

Nous verrons en effet, en étudiant plus spécialement le contrat de dépôt, qu'aucune incompatibilité n'existe entre l'obligation de restituer en nature et la fongibilité de l'objet, les choses fongibles étant réputées n'avoir pas d'individualité propre en dehors du genre dont elles font partie.

L'existence de l'abus de confiance y est donc possible, et pourtant le mandataire, le dépositaire... peuvent user de la chose à leur fantaisie. En quoi donc le délit pourrait-il consister ?

Il faut remarquer que le patrimoine du tradens, augmenté de la valeur de l'objet du dépôt, se trouve en revanche grevé d'une obligation corrélatrice, ou rendre des objets de même nature, ou exécuter l'ordre donné. A l'accroissement de son actif a donc correspondu un accroissement simultané de son passif. Cette obligation corrélatrice étant la seule dont il soit tenu, l'abus de confiance, inexécution d'une obligation née d'un contrat synallagmatique, ne peut consister qu'en son inexécution, faite intentionnellement et frauduleusement.

Or, cette inexécution entraîne fatalement l'enrichissement du patrimoine de la partie grevée de restitution, d'exécution du mandat, du travail... une augmentation d'actif correspondant en effet à toute diminution pure et

simple de passif. Son patrimoine, augmenté d'un côté des objets reçus, a été en revanche grevé d'une obligation corrélatrice ; cette dernière supprimée, l'enrichissement subsistera seul et sans cause ; d'où appropriation définitive de la valeur des objets reçus, au détriment du patrimoine de son cocontractant ; il ne saurait donc y avoir ici d'abus de confiance sans appropriation, parce que l'appropriation est inséparablement liée à l'inexécution de la clause de dessaisissement, dont elle est tour à tour tantôt la cause déterminante, tantôt la conséquence nécessaire et inévitable.

L'inexécution de l'obligation de fournir l'équivalent de la chose reçue, soit pour la restituer, soit pour l'employer, emporte donc nécessairement son appropriation et, comme c'est elle seule que prévoit et punit l'article 408 du Code pénal, il s'ensuit que toute violation du contrat fiduciaire de laquelle cette appropriation ne résultera pas, ne pourra constituer l'élément matériel de l'abus de confiance.

Cette théorie apporte le maximum de précision aux limites qui séparent la simple faute civile du délit puni par la loi pénale et, par suite, réduit au strict minimum les risques d'erreur judiciaire. Elle est d'ailleurs la plus conforme, non seulement aux termes, mais encore à l'esprit de la loi, qui a entendu faire de la poursuite pénale une action d'exception, applicable seulement aux violations les plus graves du contrat fiduciaire.

Si nous repoussons l'exercice de cette action, alors que l'acte du débiteur ne constitue pas par lui-même une appropriation, à plus forte raison devons-nous encore le faire lorsque, sans que l'obligation ait été accomplie à l'échéance, elle n'est pas, malgré tout, définitivement inexécutée.

On ne saurait, par conséquent, voir un acte de détournement dans le simple retard d'exécution ; le débiteur ne se refuse pas à remplir ses obligations, fournir un équivalent de ce qu'il a reçu ; seulement, ne pouvant le faire dès

l'époque où cette exécution est exigible, il demande à son créancier des délais, s'il est mis en demeure.

Loin de chercher à se soustraire à l'obligation dont est grevé son patrimoine envers celui de son créancier, c'est-à-dire à l'exécution de son contrat, il demande seulement qu'on la lui facilite. Il n'y a qu'un simple retard, mais non défaut ou impossibilité d'exécution ; il ne pourra donc y avoir que faute civile, mais non faute pénale. Etroitement dépendant de l'inexécution du contrat, l'élément matériel du délit ne peut exister ici, une seule action sera recevable, l'action civile en dommages-intérêts, mais de l'action pénale, il ne pourra être question.

En dépit d'un retard plus ou moins considérable, le fait de restituer ou employer l'équivalent des choses reçues *in quantitate* vaut, pour le débiteur, exécution du contrat fiduciaire. Ou bien en effet, sur la mise en demeure du créancier il a pu obtenir des délais, ou bien le créancier a laissé passer l'échéance sans réclamation, le débiteur est alors en droit de tenir ce silence pour la concession tacite d'un délai ; au premier cas comme au second, l'exécution est toujours possible et interviendra utilement.

Mais serait-il possible de voir également écarter l'élément matériel de l'abus de confiance par le fait d'une restitution ou d'un emploi, accomplis alors que l'inexécution du contrat fiduciaire est consommée ?

Il est impossible d'attribuer cette vertu à une restitution tardive, faite dans de semblables circonstances. Et, en effet, il ne s'agit pas ici, comme dans le cas précédent, d'empêcher la naissance de l'élément matériel du délit ; la restitution aura beau intervenir, il n'en sera pas moins vrai que cet élément aura existé à un moment donné, celui où la manifestation du refus ou la constatation de l'insolvabilité ont consacré l'inexécution de l'obligation. La faute du débiteur, en supposant que son refus ait été injuste, a été consommée dès ce moment, il ne pourra que la réparer, mais non l'effacer, qu'indemniser le parti-

culier qu'il a lésé, mais non faire disparaître le trouble que son acte délictueux a apporté dans l'ordre social.

Peu importera qu'après la consommation du détournement il y ait eu restitution de la part du prévenu ; si les divers éléments du délit coexistent à un moment donné, dès ce moment le délit est constitué et tombe de suite sous le coup de la vindicte publique.

En définitive, il résulte de la discussion précédente, que pour l'entière réalisation de l'élément matériel de l'abus de confiance par voie de détournement d'un dépôt irrégulier, trois conditions sont nécessaires :

1° Exigibilité de l'obligation de rendre, représenter ou employer ;

2° Inexécution définitive de cette obligation ;

3° Appropriation des objets à rendre, représenter ou employer, résultant de l'inexécution.

Si la restitution ou l'emploi effectués après la réunion de ces trois conditions sont impuissants à entraver la consommation de l'élément matériel du délit, en revanche, cette vertu est attachée à l'exécution du contrat fiduciaire intervenant avant la réalisation de la seconde ; le retard n'est pas l'inexécution, et d'ailleurs, en ce cas, la troisième ne peut exister si l'inexécution définitive dont elle est la conséquence n'existe pas elle-même.

Ces conditions sont, on le voit, des plus strictes, et réduisent singulièrement la portée si large que l'article 408 paraît avoir au premier abord. Alors, en effet, qu'à simple lecture, il semblait devoir embrasser tous les cas de non restitution ou de non emploi d'un objet remis avec affectation de destination, son examen démontre qu'en réalité il ne s'applique qu'à quelques cas exceptionnels, nettement caractérisés et distincts de la plus grande partie des inexécutions de la clause de destination, simples fautes civiles.

Si ces conditions de réalisation sont rigoureuses, c'est assurément parce que les obligations du débiteur sont peu étroites et lui laissent une grande liberté ; ceci tient d'ailleurs à la nature même de l'objet de l'obligation que lui impose le contrat fiduciaire ; elle porte en effet, non sur la chose confiée, mais seulement sur la chose à restituer. Le seul fait de la tradition de la première ne le grève pas nécessairement dès ce moment d'une obligation quelconque ; de cette chose, il peut faire tel usage qu'il lui plaît ; il n'est tenu que d'en fournir l'équivalent à un moment donné, déterminé, soit par une échéance fixée au contrat, soit par une mise en demeure.

C'est donc parce que son obligation ne porte que sur la chose à rendre que, jusqu'à ce dernier moment, il n'est tenu d'aucune obligation, que la consommation de l'élément matériel de l'abus de confiance ne peut exister avant que l'exécution de l'obligation puisse être ou refusée, ou réputée impossible ; il ne saurait y avoir violation d'une obligation là où il n'y a pas d'obligation.

C'est encore pour ce même motif qu'il doit résulter une appropriation de la violation de l'obligation susceptible de servir de base à l'élément matériel du délit d'abus de confiance. Il est évident, en effet, que l'obligation, portant sur l'équivalent à fournir, ne sera inexécutée que s'il y a appropriation de cet équivalent ; le patrimoine non libéré de la dette dont il est grevé est nécessairement augmenté du montant de cette dette, le défaut de libération transforme en actif ce qui était un passif.

Et enfin, c'est aussi parce que le débiteur n'est tenu que de fournir un équivalent de ce qu'il a reçu, qu'une exécution tardive est susceptible d'intervenir utilement et de le dérober aux rigueurs du Code pénal ; il ne saurait être question d'exécuter tardivement une obligation portant sur l'objet même qui a été confié, et nous allons démontrer plus bas que si le débiteur ne peut, à l'échéance, le rendre, le représenter ou l'employer, c'est

qu'il a violé le contrat fiduciaire, source de cette obligation.

En matière de contrat fiduciaire à objet fongible, les conséquences pratiques sus-énoncées reposent donc sur ce principe que l'obligation du débiteur ne porte que sur la chose à restituer ou employer.

A principe contraire, conséquences contraires : l'obligation du débiteur portant, lorsque l'objet du contrat est un corps certain, non plus sur la chose à restituer, mais sur la chose remise elle-même, les conséquences de ce principe opposé seront nécessairement contraires de ce qu'elles étaient dans le cas précédent.

Avant l'échéance ou la mise en demeure en premier lieu, le débiteur ne sera pas comme alors exempt de toute obligation. Il doit restituer, représenter ou employer l'objet même de la tradition qui lui a été faite ; cette obligation emporte nécessairement celle de conserver cet objet, de manière à pouvoir le rendre, représenter ou employer. C'est, du reste, celle que le Code civil a consacrée dans son article 1927, aux termes duquel « le dépositaire doit apporter à la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde de celles qui lui appartiennent », et son inexécution entraînera comme conséquence inévitable l'impossibilité d'exécuter la clause de dessaisissement.

L'élément matériel du délit réputé consommé dès ce moment, la violation du contrat fiduciaire étant dès alors définitive, point ne sera besoin, comme au cas précédent, d'attendre l'exigibilité de l'obligation de rendre, restituer ou employer pour pouvoir incriminer les actes du dépositaire, du mandataire, du locataire, etc..., dès que sera violée la première de ses obligations, laquelle est exigible et se renouvelle à chaque instant de la durée de son contrat, dès alors existera un fait matériel incriminable. Tel sera, par exemple, le cas du locataire d'un appartement meublé qui, avant l'expiration de son bail, ferait

disparaître certains des meubles garnissant les lieux dont il a la jouissance ; soit qu'il les aliène, soit qu'il en fasse un usage quelconque incompatible avec l'obligation de les rendre, il y a là un fait matériel pouvant servir de base à une poursuite pénale pour abus de confiance dès son accomplissement. Voilà donc une première conséquence contraire à celle précédemment admise, à laquelle nous amène ce principe, qu'en matière de dépôt régulier, l'obligation du dépositaire porte sur la chose remise et non sur la chose à restituer.

Il en est une seconde également différente : c'est l'absence de nécessité d'une appropriation résultant de la violation d'un contrat fiduciaire. Ici, en effet, rien n'associe inséparablement la violation du dépôt à l'idée d'appropriation ; l'objet de la tradition n'est pas entré dans le patrimoine du consignataire, il est au contraire resté dans celui dont il dépendait auparavant. Le défaut de restitution n'en entraînera donc pas nécessairement l'appropriation ; il faudrait pour cela qu'outre la non restitution, le dépositaire fasse sur lui un acte d'appréhension ; en d'autres termes, au cas de dépôt irrégulier, la violation du dépôt résulte seulement d'un acte négatif — le défaut de fournir l'équivalent des objets reçus — lequel entraîne inévitablement l'appropriation de cet équivalent — alors qu'au cas de dépôt régulier, la violation du dépôt résulte bien aussi du même acte négatif, le défaut de restitution, mais qui à lui seul n'entraîne en aucune manière l'appropriation de l'objet remis ; cette appropriation ne pourra résulter que d'un acte positif d'appréhension, distinct de la non restitution ; au premier cas, le débiteur n'a qu'à garder ce qui est à lui, au second cas il doit, au contraire, prendre ce qui n'est pas à lui.

Enfin, troisième conséquence contraire au cas de dépôt régulier : l'échéance survenue, il ne peut être question d'exécution tardive, au sens où nous avons précédemment admis ce mot ; ce qu'il faut entendre en effet par là,

ce n'est évidemment pas le fait de conserver l'objet remis, sans intention de fraude, quelque temps après l'expiration du contrat.

Ce que nous avons entendu par exécution tardive, c'est une exécution opérée après l'échéance, parce qu'elle n'a pu l'être à ce moment, en raison d'une impossibilité relative à l'objet même de la restitution ; c'est ainsi que nous avons supposé le cas où le débiteur n'avait pas à l'échéance en sa possession les deniers à restituer. Il lui était en ce cas possible de se les procurer dans un délai plus ou moins long ; la restitution ainsi faite constitue l'exécution tardive du contrat fiduciaire.

Au cas de dépôt régulier, au contraire, le fait pour le débiteur de ne pouvoir s'exécuter parce qu'il n'a pas l'objet du dépôt à sa disposition, fait présumer à sa charge la violation de la première obligation dont il était tenu ; il n'a pas l'objet du dépôt parce qu'il ne l'a pas conservé de manière à pouvoir le rendre, représenter ou employer ; l'inexécution du contrat fiduciaire date du moment de cette violation ; il ne saurait être question d'exécution tardive, l'élément matériel du délit a été réalisé, il ne peut être effacé, l'existence qu'il a eue ne peut être tenue pour non avenue.

A plus forte raison donc, ne peut-il être ici question de restitution tardive ; comme du reste en matière de dépôt irrégulier, son seul effet pourra être de réparer le préjudice causé au déposant, mais non pas d'effacer le délit, trouble causé à l'ordre social. Une telle restitution ne constituera donc, en aucun cas, un obstacle à l'exercice de la poursuite pénale.

La seule condition qui soit, en définitive, exigible pour l'incrimination du fait élément matériel de l'abus de confiance, c'est la violation de la clause fiduciaire, violation consommée, soit par le défaut de conservation de l'objet remis, soit par son défaut de restitution. C'est ainsi que dans l'exemple choisi tout à l'heure, le seul fait par le locataire, soit de ne pas conserver le meuble loué,

soit de ne pas le restituer à l'expiration du bail, est incriminable comme élément matériel de l'abus de confiance.

Ceci ne veut au reste pas dire que le délit sera constitué par ce seul fait ; ce qui existera c'est l'élément matériel du délit, mais c'est seulement cet élément matériel. Quant au délit, il ne sera constitué que si l'élément légal et les éléments spéciaux, c'est-à-dire toutes les circonstances exigées par la loi étant présentes l'élément matériel a été accompagné de l'élément intentionnel. Il n'existera que par la coexistence de tous ces éléments, et seulement du moment de cette coexistence.

L'acte matériel du détournement ne peut, en effet, suffire à lui seul pour constituer le délit ; il peut avoir les motifs les plus divers : tantôt il sera légitime ; tantôt, sans être légitime, il ne constituera qu'une simple faute civile ; tantôt enfin, la faute du dépositaire sera si grave qu'elle tombera sous le coup de l'article 408.

Le premier cas se produira lorsque, par exemple, l'exécution du contrat fiduciaire se trouvera empêchée par une circonstance extérieure, indépendante de la volonté de l'agent, telle que la destruction de l'objet par suite d'un cas de force majeure. L'intention qui préside à la non restitution dans un pareil cas, légitime l'acte entier et écarte toute possibilité de poursuite pénale. Sa légitimité une fois reconnue, la question est tranchée sans discussion possible.

Mais où il est beaucoup plus difficile de se prononcer, c'est dans le second cas, celui où l'inexécution du contrat fiduciaire constitue une faute à la charge du dépositaire ; là, en effet, il ne peut y avoir d'intention légitime, et il y a nécessairement un préjudice causé injustement au déposant.

C'est alors qu'il est nécessaire de déterminer le moment précis où la simple faute civile peut se transformer en faute pénale punie par l'article 408.

Nous supposons, bien entendu, que l'inexécution du contrat se produit dans les circonstances exigées par la loi

comme éléments légaux et spéciaux du délit. Ici encore, nous devons distinguer les deux cas déjà examinés : celui où l'obligation du débiteur ne porte que sur ce qu'il doit restituer, et celui où elle porte sur l'objet remis lui-même.

Au premier cas, l'élément moral du délit peut exister à tout moment ; dès qu'il reçoit la somme qui lui est confiée, le débiteur peut avoir l'intention de se l'approprier d'une manière définitive et de léser son cocontractant. L'élément matériel, au contraire, ne pourra exister avant l'exigibilité de l'obligation de fournir l'équivalent, c'est-à-dire, avant l'échéance ou la mise en demeure ; l'élément moral existera seul jusque-là et, par suite, le délit ne pourra se trouver constitué auparavant.

Un premier point est donc certain, c'est que des faits antérieurs à l'échéance ou à la mise en demeure ne pourront, à eux seuls, constituer l'abus de confiance.

Mais si, une fois l'échéance survenue sans qu'il y ait eu exécution du contrat fiduciaire, les circonstances de fait antérieures, concomitantes ou postérieures, ne font pas ressortir à la charge du débiteur la volonté bien arrêtée de s'enrichir au détriment de son cocontractant, il sera impossible de le déclarer coupable d'abus de confiance. Il aura pu, par exemple, s'engager dans des opérations hasardeuses ou téméraires, dont le résultat, contraire à ses espérances, le met dans l'impossibilité de restituer les sommes qui lui ont été confiées ; il aura pu mal surveiller le placement dont on l'avait chargé et en faire perdre le montant à son mandant, etc... On ne peut, dans ces divers cas, relever à sa charge autre chose qu'imprudence ou négligence, simple faute civile, légère ou lourde suivant l'espèce, mais sa responsabilité n'est pas pénalement engagée.

S'il ressort au contraire, des faits et circonstances ayant accompagné l'acte de détournement, que le prévenu ait voulu faire définitivement siens les objets qui ne lui avaient été remis qu'à titre précaire, et s'enrichir sans cause au détriment d'autrui, l'élément intentionnel ainsi

manifesté présente bien le caractère frauduleux suffisant pour justifier l'application de la loi pénale. C'est ainsi, par exemple, que le fait par un mandataire de ne pas restituer à son mandant les sommes qu'il recouvre en vertu de son mandat, et de lui donner comme prétexte que le recouvrement est particulièrement difficile, établit bien nettement son intention d'appropriation frauduleuse. Il en est de même du dépositaire qui, pour échapper aux réclamations de son créancier, provoque au préjudice de ce dernier une saisie-arrêt de la part d'un tiers complaisant et, en définitive, de toutes les manœuvres ayant pour but de tromper le déposant sur la réalité des actes accomplis par son débiteur, alors du reste que ces actes sont accompagnés d'une violation du contrat fiduciaire entraînant appropriation, c'est-à-dire de l'élément matériel du délit.

Ces manœuvres dolosives sont absolument nécessaires, car c'est d'elles seules que peut s'induire l'intention frauduleuse du délinquant. L'accusation doit donc les relever soigneusement et, comme aucun doute ne doit subsister en matière criminelle, justifier son induction par leur analyse minutieuse. Rien ne saurait l'en dispenser, pas même la situation d'insolvabilité du prévenu qui pourtant, au premier abord, paraît établir une grave présomption à sa charge. Mais il n'y a là qu'une apparence, car l'insolvabilité à elle seule est impuissante à révéler l'intention frauduleuse. Elle ne pourrait avoir cette vertu que si le débiteur avait pu la prévoir, et encore faudrait-il distinguer deux espèces différentes : ou bien, au moment même où la tradition a été opérée entre ses mains, le dépositaire connaissait déjà le péril de sa situation, ou bien ce n'est que postérieurement qu'il a pu pressentir la catastrophe prochaine.

Nul doute au premier cas qu'il ne soit gravement coupable de n'avoir pas pris de précautions spéciales pour assurer l'exécution de son obligation, car il savait pertinemment qu'à défaut par lui de ce faire l'inexécution et, par

suite, l'appropriation devaient forcément s'ensuivre. L'intention est ici évidente.

Mais si, au moment où l'objet du dépôt est entré dans son patrimoine, rien dans sa situation ne pouvait lui faire pressentir la déconfiture, comment l'accuser de fraude ? Il faudrait établir que, dès qu'il lui a été possible de se rendre un compte exact du danger qui le menaçait, il a délibérément et de parti pris négligé de prendre de semblables précautions, cas tout à fait exceptionnel car il suppose un temps matériel et surtout des ressources suffisantes pour permettre au débiteur de garantir l'exécution du contrat fiduciaire, soit par une restitution ou un emploi immédiats, soit par l'affectation d'une garantie de valeur égale, etc..., toutes choses qui, en pratique, sont d'une réalisation fort difficile ; le plus souvent, en effet, l'insolvabilité survient brutalement, et le débiteur affolé ne s'en aperçoit que lorsque la situation est déjà sans remède.

Dans un cas comme dans l'autre, l'intention frauduleuse ressortira bien de l'insolvabilité du débiteur, mais de l'insolvabilité accompagnée au moins d'une négligence voulue qui, en définitive, est même la véritable manifestation de la fraude.

L'intention frauduleuse une fois constante, le moment précis où sera consommé l'élément matériel du délit sera, par suite, celui de la consommation du délit lui-même qui, par la coexistence de tous ses éléments, aura acquis une existence réelle et définitive. Mais il est à retenir, comme étant de la plus haute importance, que le délit ne peut exister, soit avant l'échéance, soit au cas de non stipulation d'échéance, avant la mise en demeure alors absolument nécessaire, non seulement pour la constatation, mais encore pour la consommation de l'élément matériel du délit et, par suite, pour celle du délit lui-même.

S'agit-il au contraire de choses remises non plus *in quantitate*, mais *in specie* ?

Nous avons vu qu'en ce cas l'élément matériel existe

dès que le dépositaire a disposé de l'objet reçu contrairement à la destination assignée et de manière à ne pouvoir le restituer, représenter ou employer en temps utile, et que d'autre part l'élément moral consiste pour lui à accomplir son acte de disposition en toute volonté et connaissance de cause.

Ce principe étant posé, il est facile de déterminer le domaine de la faute civile et celui de la faute pénale.

Le dépositaire a-t-il eu l'intention d'employer l'objet reçu contrairement aux dispositions du contrat fiduciaire, mais sans que cet emploi soit incompatible avec l'obligation de restituer, représenter ou employer ? tel, par exemple, le locataire d'un appartement meublé, qui malgré les prescriptions de son bail prêterait ou louerait certains meubles ; tel encore, le locataire d'un vélocipède qui le louerait à son tour, malgré la défense de son bailleur. En pareil cas, il serait certainement coupable, et en intention, et en fait. Mais quelle serait la nature de cette culpabilité ? Pénale ou civile ? La première ne saurait être retenue, car l'acte du dépositaire ne peut constituer qu'un abus de jouissance, un détournement d'*usage*, mais non de *propriété*, rien dans son acte n'implique la non-restitution de l'objet du dépôt, et celui-ci viendrait-il même par suite de cet abus de jouissance, à périr et à ne pouvoir être restitué, le locataire ne pourrait être déclaré coupable d'abus de confiance, car son acte n'aurait pas été guidé par l'intention frauduleuse de nuire à son bailleur. Civilement, du reste, sa responsabilité ne ferait aucun doute, mais un simple abus de jouissance est incapable de constituer le détournement de l'objet confié au préjudice du déposant, seul puni par l'art. 408.

C'est donc la seule violation de la fiducie, le détournement de la *propriété*, qui peut tomber sous le coup de la loi pénale. Mais il faut se hâter d'ajouter que si elle est nécessaire, elle est suffisante, et que point n'est besoin d'un but intéressé, *lucri faciendi causa*.

L'intention est coupable par cela seul qu'elle peut violer la loi sans cause légitime d'excuse. Or, la loi interdit la violation de la fiducie sous les peines de l'abus de confiance : il suffit donc que le prévenu ait accompli *volontairement et injustement l'acte qu'il savait rendre impossible* l'exécution du contrat fiduciaire pour être coupable aussi bien moralement que matériellement.

Lorsque donc la présence de l'élément intentionnel et celle de l'élément matériel seront établies, il sera facile d'établir d'une manière précise la date du délit : étant en effet donné que celle-ci date du jour de la coexistence de tous ses éléments, et que cette coexistence est un fait accompli dès la consommation du fait, élément matériel du délit, dans les circonstances voulues par la loi, le délit lui-même datera de ce moment, car c'est alors qu'à l'élément moral et aux autres éléments dont nous avons supposé l'existence établie, est venu s'adjoindre l'élément matériel. Nul besoin ici de mise en demeure, nul besoin d'attendre l'échéance, la fiducie pouvant être violée auparavant. Au contraire de ce qui se produit en matière de dépôt irrégulier, une mise en demeure ne peut être utile que pour la constatation, mais non pour la consommation du délit.

Il est en résumé facile, en partant des principes exposés ci-dessus, de se prononcer sans hésitation sur l'existence de l'abus de confiance. Le premier soin du juge sera de considérer la nature de l'objet du contrat fiduciaire, de se rendre compte si l'obligation de dessaisissement porte sur des choses à rendre ou sur les choses reçues.

A-t-il classé le contrat qui lui est soumis dans la première catégorie — contrats fiduciaires à objet fongible — il doit se rappeler que l'élément matériel du délit n'est autre chose que l'inexécution de la clause de dessaisissement, que cette inexécution ne peut aller sans appropriation, que l'intention du coupable étant celle de commettre l'élément matériel du délit, doit être l'intention d'appropriation.

Se trouve-t-il au contraire en présence d'un contrat fiduciaire de la seconde catégorie ? Nous avons vu que l'inexécution de la clause de dessaisissement n'emportant pas nécessairement appropriation, cette dernière ne saurait en ce cas caractériser l'élément matériel du délit, et que cet élément peut donc avoir été réalisé volontairement en toute connaissance de cause, donc frauduleusement, sans que le prévenu ait eu pour but de s'approprier l'objet reçu.

Nous verrons plus loin si la jurisprudence qui ne base sa théorie de l'abus de confiance sur aucune donnée précise et ne veut pas tenir compte des conséquences pourtant si importantes du caractère fongible ou non de l'objet du contrat fiduciaire, a pu élaborer un système aussi précis ; nous verrons à quelles contradictions l'a conduite son refus de se prononcer nettement sur la compatibilité de la fongibilité, et de l'obligation de dessaisissement en nature prévue à l'art. 408.

§ 4. — *L'élément légal du délit d'abus de confiance.*

Antérieurement à la promulgation du Code pénal, il suffisait au juge de déclarer répréhensible le fait matériel pour l'incriminer, et coupable l'agent du délit pour le punir ; le système pénal était alors un système arbitraire, mais non légal ; c'est ce que nos anciens criminalistes avaient fort bien traduit dans cet adage : « Les peines sont arbitraires en ce royaume. »

Un pareil système donnait lieu de la part des juges à des abus de pouvoir faciles à comprendre. Il était incompatible avec l'esprit de la législation moderne, dont le principal objet fut la suppression de l'arbitraire du juge.

C'est pour cette raison qu'ainsi du reste que nous l'avons rappelé plus haut, les rédacteurs du Code pénal ont posé à la base de leur système le principe de la légalité des infractions et des peines. Pas d'incrimination en

dehors de toutes les circonstances prévues par la loi comme constitutives et du délit en général, et de chaque délit en particulier, — partant, pas de condamnation possible.

Lorsque la culpabilité de l'agent et l'entière réalisation de son acte seront établies, le juge devra rapprocher les circonstances de la cause des dispositions édictées par les lois pénales, et se prononcer sur la conformité des premières aux secondes.

La conformité des circonstances de la cause aux dispositions légales, tel est le troisième élément constitutif du délit : son étude est donc étroitement liée à celle des éléments spéciaux de l'infraction, que constitue justement l'ensemble de ces circonstances; par suite, nous devons l'y renvoyer purement et simplement.

D'autre part, on comprend que le but poursuivi par le législateur — suppression de l'arbitraire du juge, — exige la stricte observation par les tribunaux du principe de la légalité ; c'est pour cela que dans la poursuite pénale, tout ce qui touche la conformité des faits incriminés aux dispositions légales, tombe sous le contrôle de la Cour de Cassation.

En matière d'abus de confiance, le juge du fond connaîtra souverainement de la matérialité des faits accomplis, mais il ne pourra les rapprocher des dispositions légales, c'est-à-dire les qualifier, qu'à charge du contrôle de la Cour suprême.

Ce que nous avons dit du reste de ce contrôle à propos de l'intention frauduleuse s'applique intégralement ici. Il importe seulement de faire remarquer que ce qui tombe sous le contrôle de la Cour de Cassation, c'est la qualification de chacun des éléments du délit, en tant qu'il comporte lui-même une portion de légalité. L'élément légal est en effet un élément qui pénètre chacun des autres : dire qu'ils sont soumis à certaines conditions, c'est dire en définitive qu'ils doivent répondre à certaines exigences légales — nous l'avons vu pour l'élément inten-

tionnel, il en est de même pour l'élément matériel et pour les éléments spéciaux, chacun d'eux étant susceptible d'une qualification qui lui est propre, et la qualification entière du délit résultant de l'ensemble de ces qualifications.

Passons donc sans discussion plus ample à l'étude des éléments spéciaux de l'abus de confiance. L'étude particulière des deux premiers éléments du délit nous a déjà montré ce que la loi exigeait d'eux, — celle des éléments spéciaux nous montrera également à quelles conditions le Code les soumet pour qu'ils puissent être qualifiés d'éléments du délit d'abus de confiance.

§ 5. — *Les éléments spéciaux de l'abus de confiance.*

Si nous recherchons, dans l'art. 408, les conditions auxquelles le détournement doit s'être accompli pour pouvoir être qualifié légalement d'abus de confiance, nous remarquons que les exigences de la loi tiennent en premier lieu à la *nature de l'objet* du détournement, effets, deniers, marchandises, billets, quittances, ou tous autres écrits contenant obligation ou décharge — en second lieu, à la *tradition* desdits objets : « qui ne lui auraient été remis... » — en troisième lieu, au *titre* en vertu duquel a été opérée cette tradition, louage, dépôt, mandat, nantissement, prêt à usage, travail salarié ou non — en quatrième lieu, à la *destination affectée* à l'objet remis : — restitution, représentation ou emploi — et enfin à la *conséquence du détournement* : *préjudice* causé aux propriétaire, possesseur ou détenteur.

Or, ces cinq éléments ne sont en définitive autre chose que les divers éléments du contrat fiduciaire, objet du contrat, tradition dudit objet, nature du contrat, — obligation de *l'accipiens*, conséquence dommageable de la violation de cette obligation.

Mais si pour la clarté de la rédaction, le législateur a cru devoir énumérer ces éléments dans cet ordre capricieux, la clarté de l'étude du délit d'abus de confiance exige au contraire leur rétablissement dans l'ordre logique. Nous devons donc étudier d'abord la convention fiduciaire, — abstraction faite des diverses formes qu'elle peut revêtir : louage, dépôt, mandat, — dans sa nature, puis dans son objet, ensuite dans ses effets : obligations mises par elle à la charge de chacune des parties, — et enfin dans la conséquence de la violation de ces obligations. Nous verrons ensuite comment les règles de la convention fiduciaire pure se combinent avec celles des divers contrats qui la contiennent et qu'énumère l'art. 408.

A. — La Convention fiduciaire.

1° *Sa nature.*

Ce que la loi prévoit et punit dans l'art. 408, comme constituant le délit d'abus de confiance, c'est la violation d'une obligation de rendre, représenter ou employer, obligation qu'elle nous présente d'ailleurs comme existant dans chacun des contrats énumérés audit article.

Cette obligation de se dessaisir à un moment et dans des circonstances données de la chose reçue, est l'obligation fiduciaire, l'obligation spéciale, qui seule se trouve être sanctionnée et par la loi pénale et par la loi civile ; existant au même degré, ayant une sanction identique, qu'il s'agisse de louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage ou de contrat de travail, elle doit, dans une étude envisageant ces contrats spécialement dans leurs rapports avec la loi pénale, être nettement dégagée et distinguée des obligations particulières produites par chacun d'eux.

Sous cet aspect, les divers contrats prévus à l'art. 408 apparaissent comme des contrats composites, formés par la réunion de deux sortes de conventions : la convention fiduciaire, d'abord, puis des conventions variant suivant qu'il s'agit de dépôt, de mandat, de louage..... qui ne sont en somme que des modalités gravitant autour de la fiducie et l'affectant diversement.

Cette convention de fiducie est, nous l'avons vu, la survivance dans notre législation moderne de l'antique notion romaine de *fiducia* ; mais alors qu'à cette époque elle constituait à elle seule un contrat distinct, qui se juxtaposait à la *mancipatio* et à l'*in jure cessio* et produisait ses effets indépendamment de celles-ci, elle fait aujourd'hui partie du contrat lui-même dans le cadre duquel on l'a fait rentrer : mais il n'y a là en réalité qu'une transformation toute factice — la fiducie continue d'avoir sa formation et ses effets propres dans chacun de ces six contrats, bien que l'intimité apparente de sa liaison avec eux les ait fait désigner du terme générique de « contrats fiduciaires ».

Nous avons dit que la fiducie est une convention aux termes de laquelle l'une des parties, l'*accipiens*, reçoit une chose à la charge de s'en dessaisir dans des circonstances déterminées.

Deux éléments nous apparaissent donc immédiatement comme essentiels dans une pareille convention : la tradition et le dessaisissement.

La tradition d'abord ; sans elle la convention reste à l'état de simple promesse, pouvant engendrer sans doute certaines obligations, — mais non celle de dessaisissement, qui est l'obligation fiduciaire proprement dite.

La fiducie est en effet une convention qui se forme *re* : elle n'est parfaite que par la tradition. Telle était déjà la règle romaine, plus énergique même que la nôtre en ce que tous les effets de la convention étaient tenus pour inexistants jusqu'au jour de la tradition : auparavant, la *fiducia* n'était qu'un *pactum nudum*, qui ne fournissait

à l'accipiens aucune action pour contraindre le tradens à la livraison des objets promis.

En droit français, la convention de fiducie est à la vérité civilement obligatoire par le seul consentement des parties : mais elle ne l'est alors qu'à l'égard du tradens. Vis-à-vis de l'accipiens, l'obligation de dessaisissement ne sera formée que par la remise de la chose, comme l'explique très bien Pothier, à propos du prêt à usage :

« Le prêt à usage est de la classe des contrats réels,
« c'est-à-dire de ceux qui ne se forment que par la tradi-
« tion de la chose. En effet, on ne peut concevoir de
« contrat de prêt à usage, si la chose n'a été délivrée à
« celui à qui on en accorde l'usage ; l'obligation de rendre
« la chose, qui est de l'essence de ce contrat, ne pouvant
« pas naître avant que la chose n'ait été reçue.

« On dira peut-être que, dans notre droit français, où
« toutes les conventions, même celles que le droit romain
« appelait *nuda pacta*, sont valables et produisent des
« obligations civiles, la convention par laquelle je serais
« convenu avec vous de vous prêter dans un certain temps
« une certaine chose est valable par le seul consentement
« des parties dès avant que je vous aie délivré la chose : et
« cette convention produit une action contre moi, pour
« m'obliger à vous délivrer la chose dans le temps
« convenu. »

Si la tradition est nécessaire pour parfaire l'obligation de dessaisissement de l'accipiens, l'étroite corrélation qui lie dans tout contrat les obligations d'une partie aux droits de l'autre la rend par conséquent également nécessaire pour parfaire le droit du tradens. Tant que la tradition n'a pas été effectuée, celui-ci ne peut exiger l'exécution d'une obligation fiduciaire qui n'existe pas et à laquelle ne correspond aucun droit à son profit.

Dégageons de suite de ce principe une conclusion des plus importantes relative à notre point de vue spécial de

l'abus de confiance ; l'accusation devant établir l'intégrité et du droit du demandeur, et des obligations du défendeur, ne pourra par là même se contenter de la preuve littérale de la convention fiduciaire ; si cette convention ne contient pas en elle-même la preuve de la tradition, comme le font un reçu, un récépissé, etc..., celle-ci devra être établie d'une manière indépendante et complète ; c'est à cette seule condition que l'inexécution de l'obligation fiduciaire pourra être relevée comme une faute à la charge de l'accipiens.

Il ne faut au reste pas entendre le mot « tradition » dans le sens étroit de livraison réelle de la chose faite en exécution de la convention. Il faut et il suffit qu'elle se trouve mise à la libre disposition matérielle de l'accipiens, qu'il en ait la détention, le *corpus*. C'est en ce sens que l'art. 1919 dit que la tradition peut être réelle ou feinte, et que cette dernière suffit lorsque l'accipiens était déjà nanti ; en parlant de fiction, la loi commet une inexactitude. Peu importe en effet la date où l'accipiens acquiert le *corpus*, ce qui importe c'est qu'il vienne corroborer, compléter la convention fiduciaire — et dans le cas prévu à l'article 1919, — celui de la *traditio brevi manu*, le titre seul de la détention change. Le résultat est bien toujours le même ; le dépositaire, l'emprunteur, le gagiste.... se trouvent avoir la libre disposition d'un objet dont la livraison matérielle leur a été effectuée.

La véritable tradition feinte, au contraire, — *traditio longa manu*, — serait impuissante à elle seule à parfaire la convention fiduciaire. Le propre, en effet, de cette convention est d'aboutir à la remise du *corpus*, c'est-à-dire à la possibilité matérielle de disposer de la chose ; et, d'autre part, le propre de l'abus de confiance c'est de profiter de cette possibilité matérielle de disposition pour en abuser. Il est donc bien certain que si le *corpus* n'est pas conféré à l'accipiens, la convention de fiducie ne peut être violée par celui-ci parce qu'elle n'existe pas à son égard.

Supposons, par exemple, le cas d'un prêt à usage où, aux termes du contrat, les parties conviennent que l'emprunteur prendra la chose des mains d'un tiers, détenteur actuel ; il y a ici tradition feinte, *traditio longa manu* ; la convention fiduciaire est-elle parfaite par cela seul ? Certes non, car l'emprunteur, pour être devenu possesseur de l'objet prêté, n'en est pas devenu détenteur ; il a bien acquis l'*animus possessionis*, mais non le *corpus* que lui procurera seule la mise en possession réelle et définitive.

Or, avant cette mise en possession, la chose peut venir à périr entre les mains du tiers détenteur. La responsabilité civile de l'emprunteur peut se trouver engagée de ce chef ; il peut n'avoir pas apporté toute la diligence voulue à la retirer des mains du tiers, bien qu'il connût le risque qu'elle y courait. Il peut même l'y avoir laissée intentionnellement ; nul doute qu'il n'ait commis une faute l'obligeant à indemniser le prêteur. Mais peut-on prendre la voie criminelle pour lui reprocher le défaut de restitution ? Assurément non, et cela pour une double raison :

1° Il n'a jamais eu la chose entre ses mains, il n'a jamais eu la possibilité matérielle d'en disposer librement, — et par suite d'en abuser. L'obligation fiduciaire n'a pas pu naître à sa charge ; on ne peut donc l'accuser de l'avoir violée ;

2° Si la chose pérît dans ces conditions, c'est par suite des actes du tiers détenteur ; or, nul ne peut être tenu pénalement des actes d'autrui. Les agissements du tiers détenteur ne sauraient engager la responsabilité pénale de l'emprunteur.

Ce qu'il faut donc, c'est la remise matérielle du *corpus*, remise qui, pour rentrer complètement dans le cadre de l'obligation fiduciaire prévue par l'art. 408 du Code pénal, doit constituer un acte de confiance de la part du tradens à l'égard de l'accipiens ; le pouvoir de disposition maté-

rielle des objets confiés à celui-ci doit être entier. La confiance, l'abandon en la bonne foi de l'accipiens sont de l'essence de l'obligation fiduciaire.

Si, par conséquent, le tradens prend telles précautions qui mettront les objets soi-disant confiés hors des atteintes immédiates de l'accipiens, celui-ci ne sera pas tenu d'une obligation fiduciaire ; tel, le cas où un individu dépose une certaine somme dans le tiroir d'un meuble appartenant à l'un de ses amis et dont il garde lui-même la clef. On ne saurait dire qu'une obligation fiduciaire quelconque naît à la charge de l'accipiens, puisque en pareille espèce, il n'est même pas tenu de restituer les deniers ; il appartient au tradens, qui en a conservé la libre disposition, de les reprendre lui-même sans aucune intervention de l'accipiens.

On ne saurait davantage dire que, si ce ne sont pas les deniers eux-mêmes qui sont confiés à la bonne foi de l'accipiens et sont l'objet de l'obligation fiduciaire, c'est du moins le meuble dans lequel ils sont renfermés ; la fiducie comporte comme éléments essentiels non seulement la tradition, mais encore l'obligation de se dessaisir des objets reçus dans des circonstances déterminées. Or, il ne saurait être ici question de se dessaisir du meuble qu'on prétendrait avoir été confié, puisqu'il ne cesse pas et ne doit pas cesser d'être la propriété de l'accipiens. Il ne suit pas de là que s'il brise le tiroir et s'approprie les deniers, son acte ne sera pas punissable ; si les éléments de l'abus de confiance manquent, il reste en revanche ceux du vol : soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ; mais l'absence de toute obligation fiduciaire met un obstacle absolu à l'application de l'art. 408.

Cette théorie trouve une application pratique des plus intéressantes aux cas devenus très fréquents de dépôts de titres, deniers, bijoux, etc..., dans des coffres-forts que certains établissements mettent à la disposition des capitalistes. Quel est le caractère juridique d'une semblable opération ? Peut-on dire qu'entre le déposant et l'établis-

sement propriétaire du coffre-fort intervienne une convention fiduciaire ?

La situation est exactement la même que dans le cas précédent : le propriétaire du coffre-fort n'a pas les deniers à sa disposition ; il n'en a ni le *corpus* ni l'*animus*, il n'est pas tenu de les restituer ; il est seulement tenu de fournir au déposant la jouissance entière et paisible du coffre-fort, — obligation d'ailleurs compensée par une rétribution à la charge du déposant, — et à l'expiration du contrat, de laisser celui-ci reprendre les deniers déposés.

On chercherait donc vainement le caractère fiduciaire d'un tel contrat : il y a louage de chose, le propriétaire du coffre-fort le donne à bail au capitaliste, qui en acquiert la jouissance et peut en faire tel usage qui est déterminé au contrat. Par suite, si le bailleur porte la main sur les deniers ou effets mobiliers enfermés dans le coffre-fort, il commet un vol, non un abus de confiance, puisqu'il s'empare par la force du *corpus* qu'il n'avait pas, — au lieu d'abuser de la situation privilégiée que la détention du *corpus* procure à l'accipiens en matière de contrat fiduciaire.

Il est donc permis de conclure que la convention de fiducie est parfaite par la remise du *corpus* à l'accipiens ; si cette remise n'est opérée qu'après la conclusion du contrat, ce sera la tradition régulière, normale, que demande l'art. 1919 du Code civil. Si à ce moment, l'accipiens est déjà détenteur du *corpus*, pour une cause ou pour une autre, il y aura ce que le même article appelle à tort « tradition feinte ».

Quant à l'*animus*, il variera suivant la forme particulière de contrat adoptée ; tantôt l'accipiens ne sera qu'un simple détenteur à titre précaire, tantôt, il aura l'*animus rem sibi habendi*, tantôt l'*animus possessionis*, — peu importe ; l'*animus* n'est pas essentiel en matière de fiducie ; la simple détention du *corpus* suffit pour faire naître l'obligation de dessaisissement.

Egalement nécessaire est en effet cette dernière pour constituer le contrat fiduciaire. Si la tradition en est la condition de formation définitive, le dessaisissement en est le but, et à ce titre, il est aussi essentiel. Toute convention qui ne l'imposerait pas ne saurait constituer celle dont la violation est susceptible d'être punie comme abus de confiance. Et en effet, si la violation de la fiducie peut être punie comme telle, c'est que le tradens s'est confié à bonne foi de l'accipiens, en lui imposant l'obligation de se dessaisir d'une chose dont il a la détention, la libre disposition, sur laquelle par conséquent, une mainmise lui est particulièrement facile. Pour qu'il puisse tromper la confiance de son cocontractant, il faut que cette détention ne soit que provisoire, que momentanée ; à défaut de quoi la convention perdra son caractère de fiducie pour rentrer, suivant l'espèce, dans le cadre de telle ou telle autre prévue par le Code civil.

C'est ainsi que la remise d'un corps certain, à charge pour l'accipiens de restituer au tradens soit la chose elle-même, soit la valeur de cette chose, ne saurait en aucun cas donner naissance à l'obligation fiduciaire. Ici, en effet, l'accipiens n'est tenu ni de restituer ladite chose, ni par conséquent de la conserver de manière à pouvoir la restituer — deux obligations essentielles de la fiducie, au contraire, une pareille opération présente tous les caractères de la vente à l'essai ; si l'accipiens n'est pas tenu de conserver la chose reçue, c'est qu'il en est devenu propriétaire, — la valeur qu'il doit restituer représente le prix qu'il a la faculté de payer au tradens s'il entend tenir son acquisition pour définitive. Au cas donc où l'accipiens ne restitue ni ne paye, le tradens ne peut avoir contre lui qu'une action civile en paiement du prix, mais non l'action pénale pour abus de confiance.

Telle est encore l'opération par laquelle le tradens livre une chose à l'accipiens, à charge par celui-ci de lui en restituer la valeur par paiements échelonnés. Ici encore,

l'accipiens n'est pas tenu de se dessaisir de la chose reçue. Il en est propriétaire et n'est astreint qu'aux versements déterminés par le contrat. L'absence d'obligation de dessaisissement dans des conditions données entraîne comme suite naturelle et logique l'absence d'obligation de conservation ; le contrat ne peut par suite avoir le caractère fiduciaire, et sa violation être sanctionnée par l'action pénale de l'art. 408.

Il ne faudrait d'ailleurs pas exagérer la portée de l'obligation de dessaisissement et lui donner une signification qu'elle n'a pas en réalité ; dessaisissement n'est pas synonyme de restitution. Ce serait par conséquent se méprendre, que de refuser le caractère fiduciaire à la convention aux termes de laquelle l'accipiens ne serait tenu de rendre au tradens que la valeur d'un corps certain à lui livré, s'il doit toutefois s'en dessaisir, entre les mains d'un tiers par exemple.

Tel est le cas d'un commerçant qui a reçu des marchandises d'un de ses correspondants pour les vendre et en restituer le prix à ce dernier ; peu importe que la restitution de la chose ne doive pas avoir lieu entre les mains du tradens ; que celle des deniers à lui remis par l'acquéreur, qui joue ainsi le rôle de tradens à cet égard, doive être faite entre les mains du vendeur. Il n'en est pas moins vrai qu'en l'espèce, l'accipiens doit se dessaisir dans des conditions déterminées au contrat de ce qui lui est remis, et qu'à défaut par lui de s'exécuter, il doit être considéré comme ayant trompé la confiance et du vendeur qui lui a remis la chose, et de l'acquéreur qui lui a remis les deniers.

Tradition et dessaisissement, tels sont donc les deux termes que nous devons retrouver dans toute convention fiduciaire ; par le premier, le contrat acquiert sa perfection, son existence définitive, tandis que le second est le but vers lequel il tend, la fin que les parties ont poursuivie. Sans le premier, les obligations de l'accipiens

seraient privées de base ; sans le second, le contrat tout entier serait privé de sa raison d'être ; il est ainsi facile de comprendre qu'ils apparaissent tous deux comme les caractéristiques essentielles et nécessaires de la fiducie.

2° L'objet de la convention fiduciaire.

Aux termes de l'art. 408 du Code pénal, pour pouvoir constituer le délit d'abus de confiance, le détournement doit porter sur des « effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge ». Une première exclusion est ainsi prononcée par la loi à l'égard des immeubles. Les conditions de validité de la transmission de la propriété immobilière, beaucoup plus difficiles à réaliser que celles des meubles, la justifient sans peine ; l'application de l'art. 408 n'offrirait aucune utilité pratique et n'ajouterait rien aux mesures de précaution déjà instituées par la loi.

Une seconde exclusion résulte encore implicitement de l'énumération légale, à l'égard des objets mobiliers ne présentant pas d'intérêt pécuniaire pour le tradens ; l'art. 408 vise tous les meubles ayant une valeur réelle et immédiate, mais ceux-ci seulement. Ceux qui n'offrent qu'un intérêt purement moral peuvent bien faire l'objet d'une convention fiduciaire, mais leur détournement ne constituera pas le délit d'abus de confiance ; telles des lettres missives ne constatant ni obligation ni décharge.

D'autre part, même dans une conception restreinte à ces limites, les meubles se divisent en deux grandes catégories : les corps certains et les choses fongibles ; les uns et les autres rentrent dans le cadre de l'art. 408 dont l'énumération prévoit expressément certains corps certains et certaines choses fongibles. Seulement, et nous retrouvons ici la distinction du dépôt régulier et du dépôt irrégulier, tandis que dans la convention fiduciaire, dont l'objet est un corps certain, la possession ou la déten-

tion sont seules conférées à l'accipiens, dans celle qui porte sur des choses fongibles au contraire, celui-ci est autre chose qu'un simple détenteur, voire même qu'un possesseur, il est propriétaire.

De là toutes les conséquences précédemment énumérées, quant à l'élément moral et quant à l'élément matériel de l'infraction. L'obligation de l'accipiens est même si différente dans chacun des deux cas, qu'on a pu se demander à juste titre si ne constitue pas seule la véritable fiducie, l'obligation qui porte sur un corps certain. Et en effet, l'accipiens n'étant tenu que de rendre un équivalent de ce qu'il a reçu, l'obligation de dessaisissement semble ne pas exister en ce cas.

Mais alors, comment expliquer les termes de l'art. 408 du Code pénal : « Effets, deniers, marchandises...? » Il faut donc exiger pour son application que les effets et marchandises, lorsqu'elles sont choses fongibles, et les deniers dans tous les cas, soient individualisés et décrits de telle sorte qu'on ne puisse les confondre avec ceux ou celles de même nature appartenant à l'accipiens ?

Une pareille conséquence aurait des suites pratiques dont le danger apparaît immédiatement ; surtout lorsqu'il s'agit de deniers, le tradens ne prend jamais le soin de les identifier. Il les laisse se confondre avec le patrimoine propre de l'accipiens ; et si l'on admettait que la convention, le titre en vertu duquel les deniers ont été remis à l'accipiens n'est pas l'un des contrats fiduciaires énumérés à l'art. 408, les détournements les plus frauduleux échapperaient à toute répression.

Or, en réalité, rien dans la convention qui porte sur des choses fongibles n'exclut le caractère fiduciaire. Deux éléments, nous l'avons vu plus haut, sont essentiels de cette convention : la tradition et le dessaisissement. Aucune difficulté n'est possible quant à la tradition. Reste à voir s'il peut être parlé de dessaisissement dans l'espèce présente.

Pourquoi, lorsqu'il s'agit d'un corps certain, ne peut-il être question de restitution, représentation ou emploi *in quantitate*, mais seulement *in specie*? C'est parce qu'un corps certain est réputé n'avoir pas son équivalent adéquat; par suite, il manquerait nécessairement quelque chose à la perfection d'une exécution qui ne pourrait porter que sur un équivalent forcément imparfait. Chaque corps certain présente des qualités propres et particulières, qualités qui pourront n'exister qu'au regard du tradens, mais que cette relativité, si l'on peut s'exprimer ainsi, n'empêche pas d'être très réelles. Telles sont les qualités de convenances personnelles que l'on trouve dans un vélocipède que l'on prête ou que l'on loue, — les souvenirs qui peuvent être attachés à tel objet mobilier, même le plus vulgaire, etc. Un autre objet pourra être semblable à celui qui a été confié, il ne lui sera pas équivalent, et même s'il lui est supérieur en apparence il n'en résultera pas moins qu'aux yeux du tradens, il n'en fera pas l'office complet.

Il en est au contraire tout différemment pour les choses fongibles, qui sont susceptibles d'être adéquatement remplacées par des autres choses de même espèce. Il n'arrive qu'exceptionnellement qu'elles soient considérées comme les précédentes, en elles-mêmes. Elles sont réputées n'avoir pas d'individualité propre en dehors du genre dont elles font partie; il y a des genres, des espèces, et des fractions de genres ou d'espèces équivalentes entre elles comme les molécules d'un même liquide.

Lorsque donc la convention porte sur ces choses *quarum una alterius vice fungitur*, ce qui est confié, c'est un certain nombre de fractions d'un genre déterminé, et ce dont l'accipiens doit se dessaisir, c'est d'autant de fractions de ce même genre.

En ce sens, il est possible de dire que l'accipiens doit se dessaisir de la somme qu'il a reçue, de la quantité de vin de l'espèce reçue, etc..., et qu'à défaut de le faire, il peut abuser de la confiance du tradens, profiter d'une situation

privilégiée que lui a faite justement ce dernier, et par suite, commettre le délit de l'art. 408.

Ainsi donc, la fongibilité de l'objet n'est nullement incompatible avec le caractère fiduciaire de la convention, dont les éléments peuvent parfaitement se trouver réunis, et la seule exigence de la loi porte ici sur le caractère d'intérêt pécuniaire qu'il doit présenter à l'égard du tradens.

3° *La convention fiduciaire quant à ses effets.*

La convention fiduciaire est l'une de celles que l'on a pu traiter de « synallagmatiques imparfaites » en tant que ne faisant naître originairement d'obligations qu'à la charge de l'une des parties, *ex uno latere* ; dès que la tradition est venue consacrer définitivement son existence, il naît à la charge de l'accipiens l'obligation qui est le propre de la fiducie, et dont nous avons dû déjà donner un aperçu, l'obligation de dessaisissement dans des circonstances données. Ces circonstances varieront suivant la forme particulière du contrat fiduciaire adoptée ; tantôt elles consisteront dans une restitution entre les mains du tradens, tantôt dans celles d'un tiers, tantôt dans un emploi déterminé de l'objet, peu importe pour la validité de la convention fiduciaire en elle-même ; il suffit que l'accipiens n'ait pas la faculté de conserver définitivement l'objet entre ses mains.

L'accipiens doit se libérer à l'époque fixée, nous avons vu précédemment, à propos de l'élément moral et de l'élément matériel du délit, quelle était cette époque, et précisé les cas dans lesquels une mise en demeure était nécessaire, tant pour déterminer la date de l'échéance, que pour constater le refus ou l'impossibilité d'exécution. Nous avons également dû examiner les cas d'exécution tardive de l'obligation et ceux de restitution tardive ; nous n'avons pas à y revenir, il suffit de les appeler ici pour mémoire.

Restent les obligations du tradens ; quelles sont-elles, et quels rapports ont-elles avec les conséquences pénales de la violation de la convention fiduciaire ?

Bien que d'une réalisation pratique fréquente, la naissance d'obligations à la charge du tradens est un fait purement accidentel en théorie. Si ces obligations ont à la vérité leur principe, leur fondement dans la convention fiduciaire, elles ne peuvent naître qu'avec le concours d'un fait étranger, que les parties n'avaient ni prévu, ni désiré, lors de la rédaction du contrat.

Ce qui leur donne naissance, en effet, c'est un dommage causé à l'accipiens par l'objet de la convention fiduciaire ; le tradens, dit l'art. 1947, est tenu de rembourser à l'accipiens les dépenses qu'il a faites pour la conservation de l'objet, et de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées. Il y a donc là une obligation qui n'a pas été prévue au contrat, mais qui n'en a pas moins sa source dans ce contrat, et à laquelle d'ailleurs correspond pour l'accipiens un droit spécial que les parties n'ont certainement pas prévu davantage : le droit de rétention.

Ce droit, bien qu'énoncé spécialement par la loi à l'occasion du dépôt, existe dans toute convention fiduciaire, la théorie du *débitum cum re junctum* est une théorie générale qui s'applique toutes les fois qu'un objet confié a occasionné quelque tort à l'accipiens, et d'autre part on peut encore le considérer comme rentrant dans la théorie de l'inexécution des obligations ; à défaut par son cocontractant de respecter ses engagements, l'accipiens peut refuser l'accomplissement des siens, c'est-à-dire, le dessaisissement dans les conditions convenues. Lorsque l'accipiens, pour justifier son inexécution de l'obligation fiduciaire, invoquera le droit de rétention, toute possibilité d'application de l'art. 408 sera écartée. Il ne pourrait en être autrement qu'au cas où l'allégation d'un semblable droit à son profit ne serait qu'un vain prétexte, frauduleusement invoqué dans le but de dissimuler un

détournement véritable. Mais ce cas mis à part, la simple conviction de pouvoir l'invoquer, même si par la suite elle vient à être reconnue injustifiée, est exclusive de tout caractère délictueux, parce que nécessairement exclusive de toute intention frauduleuse.

*4° L'obligation fiduciaire quant à la conséquence
de sa violation.*

L'art. 408 exige enfin que l'objet de la convention fiduciaire ait été détourné « au préjudice des propriétaire, possesseur ou détenteur ». Le détournement doit avoir une double conséquence : occasionner un préjudice, et atteindre certaines personnes déterminées.

En premier lieu, occasionner un préjudice. Comment entendre ce mot ? L'une des règles fondamentales de l'interprétation des termes légaux, c'est de leur donner leur sens le plus simple, le plus naturel. Or, préjudice signifie naturellement « dommage » ; et le rapprochement de cette disposition de l'art. 408 et de celle qui exige de l'objet de la fiducie une valeur pécuniaire, nous amène logiquement à conclure que ce dommage doit également présenter un caractère pécuniaire, c'est-à-dire consister en une diminution d'actif non pas simplement éventuelle, mais bien actuelle et définitive ; à cette seule condition, le délit d'abus de confiance pourra se trouver pleinement consommé.

Quant à la détermination du moment où sera réalisée la conséquence dommageable de la violation de la fiducie, la logique nous ramène à la distinction que nous avons déjà indiquée à propos de l'intention frauduleuse d'abord, puis ensuite de l'élément matériel, comme fondamentale de notre théorie de l'abus de confiance ; celle du caractère fongible ou non de l'objet de la fiducie. Sa nécessité reçoit ainsi une nouvelle confirmation qui, pour être indirecte, n'en est pas moins bien réelle ; c'est elle seule, en effet,

qui va nous permettre la constatation certaine de la réalité du préjudice.

Nous trouvons-nous dans la première hypothèse, un bref rappel des principes ci-dessus développés suffit à cet effet. La chose livrée est sortie du patrimoine du tradens et ne fait plus partie de son actif. Un premier point est, dès lors, certain, c'est que, de tous les actes de disposition accomplis sur elle par l'accipiens, aucune diminution **directe d'actif ne pourra résulter pour le tradens.**

D'autre part, si celui-ci a perdu la propriété des objets remis, il a acquis en revanche contre l'accipiens un droit de créance, droit qui sera réalisable à un moment donné, celui de son exigibilité, mais dont l'exercice utile est suspendu jusqu'alors. Or, un droit ne peut être considéré comme élément actif d'un patrimoine que par l'exercice dont il est susceptible ; et tant que cet exercice est impossible, l'actif de son titulaire ne saurait, en aucune manière, en être diminué.

C'est par suite au moment de l'exigibilité, et c'est seulement alors que le tradens se trouve posséder comme élément actif de son patrimoine ce droit qu'il n'avait jusqu'à là que comme futur et éventuel, le droit à la réalisation de sa créance. C'est seulement alors qu'il peut en être privé et que, de cette privation, peut résulter pour lui une diminution d'actif réelle et définitive.

Mais le préjudice ne coïncide pas nécessairement avec l'exigibilité. S'il ne peut avoir une existence antérieure, il peut être, du moins, soit concomitant, soit postérieur. Nous avons vu qu'en effet l'exécution peut être tardive, sans qu'il y ait pour cela violation de la convention fiduciaire ; elle peut n'avoir lieu que sur mise en demeure, que sur prorogation d'échéance, etc. ; dans ces divers cas, il y aura simplement sursis à l'exercice du droit du créancier, **non privation du droit à sa réalisation.**

Si, au contraire, le tradens se trouve en face non plus d'un simple retard d'exécution, mais d'un refus de se dessaisir opposé par l'accipiens, ou d'une impossibilité dans

laquelle celui-ci se trouverait de le faire, c'est une partie active de son patrimoine qui disparaît ; l'élément actif de sa créance, le droit à sa réalisation est définitivement perdu pour lui, le préjudice exigé par l'article 408 est consommé.

Dira-t-on que cette diminution est plus théorique que pratique, qu'en fait c'est au contraire juste à ce moment que naît son droit de poursuivre contre le tradens, l'exécution de ses engagements ? Il faut se garder ici d'une confusion facile à faire. Lorsque l'obligation fiduciaire peut être tenue pour inexécutée, l'action dont dispose le tradens ne tend pas à contraindre l'accipiens à exécuter de force ce qu'il n'a pas fait volontairement ; c'est une action en réparation du préjudice causé par l'inexécution. Le droit à la réalisation, disparu du patrimoine du tradens, y a été remplacé par un droit à une indemnité. Or, qui dit indemnité, dit préjudice éprouvé, préjudice que l'indemnité réparera mais n'effacera point.

L'accipiens, du reste, indemniserà le tradens, soit volontairement, soit seulement contraint et forcé, peu importe. Que cette indemnité soit transférée de son patrimoine à celui de son cocontractant qu'il a lésé, par ses propres mains ou par celles de la justice, cela ne change rien au caractère de la dette acquittée ; il ne peut plus être désormais question que d'une réparation, et une réparation peut aussi bien être volontaire que forcée.

Nous avons distingué précédemment, tant pour leur nature que pour leurs effets, l'exécution tardive et la restitution. A cette fin, nous nous sommes basés sur l'incompatibilité de la première avec la réalisation de l'élément matériel du délit, et sur les liens qui unissent la seconde à la violation de la convention fiduciaire.

Nous trouvons ici une nouvelle raison d'écarter l'application de l'article 408 lorsque le débiteur a exécuté ses obligations, bien que tardivement, et de déclarer la restitution impuissante à soustraire son auteur aux rigueurs de la loi pénale.

Au cas d'exécution tardive en effet, il n'y a pas de violation de la convention fiduciaire. Le tradens n'est pas privé de la réalisation du dessaisissement, il ne subit pas de diminution d'actif ; l'absence de préjudice est un obstacle de plus à l'application de l'article 408.

Mais lorsque le dessaisissement n'intervient qu'en tant que réparation, c'est-à-dire après inexécution de l'obligation fiduciaire, la solution contraire s'impose. Par l'existence de la diminution d'actif, source nécessaire du préjudice, la conséquence que doit avoir le fait incriminé pour être qualifié d'abus de confiance se trouve réalisée.

Ainsi se trouve exactement déterminé le moment où naît ce préjudice lorsque la convention fiduciaire a pour objet une chose fongible. Il ne peut exister qu'à partir de la date à laquelle l'obligation de l'accipiens est exigible, parce qu'il est inséparablement attaché à la violation de cette obligation ; et, pour cette raison encore, il existe dès le moment où celle-ci se trouve être définitivement consommée.

Le principe est le même dans l'hypothèse où la convention fiduciaire a pour objet un corps certain. Le préjudice ne peut résulter que d'une diminution d'actif, elle aussi la conséquence de l'inexécution des engagements de l'accipiens. Seulement, comme la nature contraire de l'objet met alors à sa charge non seulement une obligation de dessaisissement, mais encore une obligation de conserver l'objet de manière à pouvoir s'en dessaisir dans des circonstances données, et que cette dernière obligation est exigible et se renouvelle à chaque moment de la durée du contrat, comme, d'autre part, son inexécution entraîne nécessairement celle de la première et constitue ainsi la violation définitive du contrat, dès le moment où elle se produit, il s'ensuit que la diminution d'actif, partant le préjudice, peut se trouver réalisée bien avant l'exigibilité du dessaisissement. L'accipiens n'acquiert jamais la propriété du corps certain ; cette propriété reste comme élé-

ment actif dans un patrimoine autre que le sien ; le *furtum proprietatis* qu'il commettra en violant, soit la première, soit la seconde de ses deux obligations, aura pour résultat nécessaire la diminution de l'actif du propriétaire de l'objet, et répondra sous ce rapport aux exigences de l'article 408.

Quant à la détermination des personnes que doit atteindre le préjudice ainsi causé, la généralité de l'expression employée par la loi : « propriétaires, possesseurs ou détenteurs », montre que le législateur a principalement visé à ne laisser en dehors de son application que le plus petit nombre possible d'espèces. Quel que soit le droit du tradens sur l'objet remis, si le détournement frauduleusement commis par l'accipiens a pour résultat une diminution de son actif, il tombera sous le coup de l'article 408. Tel est le sens le plus naturel, le plus simple et le plus logique de l'expression légale. L'individu lésé, c'est celui qui était propriétaire, possesseur ou détenteur, au moment de la remise de l'objet ; la loi n'en demande pas davantage.

Elle ne le pourrait d'ailleurs sans risquer de laisser impunis les détournements qui sont pratiquement les plus nombreux et les plus graves, ceux de choses fongibles et, en particulier, de deniers. Si, en effet, elle exigeait que le préjudice atteignît non pas ceux qui étaient propriétaires, possesseurs ou détenteurs au moment de la remise, mais ceux qui le sont au moment du détournement, l'accipiens étant devenu propriétaire de la chose livrée ne saurait en priver un patrimoine autre que le sien et, par suite, commettre le délit d'abus de confiance tel que l'exige l'article 408. Il est inadmissible que la loi ait entendu se borner à la répression des détournements de corps certains ; il serait contraire à son esprit aussi bien qu'à la simple logique de voir autre chose dans l'expression « propriétaires, possesseurs ou détenteurs » que la désignation la plus large possible des qualités du tradens. Le seul préjudice qu'il doive subir, c'est non pas

nécessairement la privation de la chose remise elle-même, mais seulement la privation du droit à son dessaisissement, privation qui se produit toujours en la personne du tradens.

B. — Les diverses variétés de la Convention fiduciaire.

1° Le louage.

La première des formes que la convention fiduciaire peut revêtir, aux termes de l'article 408, est le contrat de louage ; l'accipiens, ici appelé preneur, acquiert pour un temps donné, et moyennant une certaine rétribution, la jouissance de la chose louée, à charge par lui de la restituer au tradens -- le bailleur -- à l'expiration du bail.

Deux groupes de conventions apparaissent immédiatement dans ce contrat :

1° Les conventions qui concernent la garde et le dessaisissement de la chose louée ;

2° Celles qui ont trait au mode de jouissance fixé et au loyer dû par le preneur.

Le premier groupe seul est la manifestation du caractère fiduciaire du contrat de louage ; par suite, ce sont les obligations auxquelles il donne naissance dont la violation est seule susceptible de servir de base au délit d'abus de confiance.

Il ne peut, au contraire, être question de la violation des secondes au point de vue pénal. Il suffit de les rapprocher du texte de l'article 408 pour constater qu'elles ne peuvent cadrer avec ses termes.

Les obligations découlant du premier groupe sont au nombre de deux : conserver la chose louée de manière à pouvoir s'en dessaisir au terme du bail, puis, à ce moment,

effectuer ce dessaisissement entre les mains de qui il est convenu.

La violation de chacune d'elles constituera le délit d'abus de confiance, si elle est volontaire et frauduleuse ; et c'est par application de ce principe que l'on appliquera les dispositions de l'art. 408 au locataire d'un appartement meublé qui fera disparaître intentionnellement un ou plusieurs des meubles garnissant les lieux loués, soit qu'il veuille se les approprier, soit qu'il veuille simplement et par méchanceté causer un préjudice au bailleur.

C'est encore par application de ce principe que la vente des animaux reçus à cheptel, faite par le preneur au détriment du bailleur pourra constituer le délit d'abus de confiance. Et l'on exonérera au contraire de toute responsabilité pénale le preneur qui aurait par exemple, soit sous-loué, soit prêté la chose louée, même malgré les dispositions contraires de son bail, même si, à la suite de cet abus de jouissance, elle venait à périr, si l'impossibilité de s'en dessaisir ne devait pas s'ensuivre, nécessairement, si rien ne faisait prévoir pour elle un danger spécial. Il faut donc se garder de confondre l'obligation de conserver la chose, avec celle d'en jouir, ainsi qu'il est stipulé au contrat ; la première tient au caractère fiduciaire du louage de choses et n'est susceptible d'aucune modification ni restriction ; son inexécution constitue le *furtum proprietatis* ; la seconde, au contraire, tient seulement au but que s'est proposé le preneur, au profit particulier qu'il a voulu retirer de la jouissance de la chose, profit auquel correspond le droit d'usage déterminé qu'il s'est fait concéder ; l'exécution de cette obligation n'est susceptible que de constituer le *furtum usus* que la loi pénale ne prévoit ni ne punit.

2° Le dépôt.

La seconde forme de manifestation de la fiducie prévue par l'art. 408 est le contrat de dépôt. Rien n'indiquant que la loi pénale ait voulu donner à ce mot un autre sens et

une autre portée que la loi civile, c'est à cette dernière que nous devons nous référer pour déterminer et les caractères qui permettent l'identification du contrat, et les obligations dont la violation peut constituer l'abus de confiance.

Quant à la détermination précise des caractères du contrat de dépôt, elle est essentielle à faire ; suivant en effet que l'objet aura été ou non remis à titre de dépôt, son détournement constituera ou non un abus de confiance.

Or, aux termes de l'art. 1915 du Code civil, le dépôt est l'acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à charge de la garder et de la restituer en nature. Et l'art. 1917 vient compléter cette définition en prévoyant la gratuité de ce contrat comme essentielle.

On devra donc reconnaître un dépôt dans tout contrat conclu dans l'intérêt du déposant, et portant sur un objet à garder et restituer en nature par le dépositaire.

Intérêt du déposant, — obligations de garde et de restitution en nature, — gratuité du contrat, tels sont les signes distinctifs du contrat de dépôt. Leur reconnaissance ne provoquera aucune difficulté lorsqu'il s'agira du dépôt d'un corps certain ; l'obligation de garde et de restitution en nature ne peut alors souffrir aucun équivoque, l'étude de la fiducie nous l'a montré ; — quant à l'intérêt du déposant, il ressortira et de la gratuité du contrat, et des circonstances qui ont amené sa conclusion.

La question sera beaucoup plus délicate lorsqu'il s'agira d'une chose fongible, non identifiée, que le dépositaire ne pourra restituer que par équivalent. Les dispositions de l'art. 1915 du Code civil semblent en effet incompatibles avec les conséquences de la fongibilité de l'objet ; transfert de la propriété à l'accipiens, droit de disposer des objets reçus, faculté de n'en restituer que l'équivalent. Et l'on a pu, par suite, se demander à juste titre si les caractères légaux du contrat de dépôt peuvent se rencontrer dans cette opération, et si la dénomination de dépôt

qu'on lui donne pratiquement ne ferait pas que masquer une situation toute différente en réalité.

Quant à l'impossibilité prétendue du dépôt et de l'obligation de restituer en nature, avec le caractère fongible de l'objet, la question est exactement la même que pour la fiducie, dont on peut prendre le dépôt comme le contrat type. Nous avons fait plus haut justice de cette objection, il suffit de renvoyer purement et simplement à la discussion faite à ce propos. Rappelons seulement la conclusion que nous en avons tirée : l'incompatibilité prétendue n'est qu'apparente ; en réalité, il n'y a rien dans le dépôt d'un objet fongible qui soit en opposition avec la restitution en nature prescrite par l'art. 1915 du Code civil.

On ne saurait davantage tirer argument de la disposition de cet article qui impose à l'accipiens l'obligation de garder la chose reçue. S'il est vrai que l'accipiens en soit devenu propriétaire et puisse en disposer à sa guise, il faut observer qu'en revanche la restitution de l'objet remis à titre de dépôt est exigible au gré du déposant ; le dépositaire doit par suite être en mesure de satisfaire à la première réquisition de celui-ci, ce qui entraîne à sa charge une obligation de conserver un actif suffisant à cet effet, obligation de conservation conforme aux exigences de l'art. 1915. Seulement, sa violation ne produira pas ici les mêmes effets qu'au cas de dépôt régulier, où elle entraîne inévitablement l'inexécution de l'obligation de restitution, seule constitutive en somme du détournement ; le dépositaire, ne pouvant se libérer par un équivalent, mais seulement par la restitution de l'objet même qu'il a reçu, ne peut évidemment le faire que s'il conserve cet objet même. Le défaut de restitution est certain dès qu'il y a manquement à la première obligation ; par son fait, le dépositaire l'a rendu matériellement impossible, la certitude du détournement est d'ores et déjà acquise, quelle que soit la date à laquelle le déposant exigera la restitution.

Au cas de dépôt irrégulier, au contraire, la violation définitive du dépôt, le détournement et l'appropriation constitutive de la fraude n'existeront que si la réclamation du déposant survient alors que le dépositaire n'a pas de quoi opérer la restitution dont il est tenu. S'il est admis qu'il puisse valablement se libérer par équivalent, et qu'après avoir été momentanément démuné de fonds, il vienne à pouvoir effectivement satisfaire à la réquisition du tradens, il sera impossible d'incriminer l'un quelconque de ses actes. Où serait d'ailleurs le préjudice causé au dépositaire et exigé par l'art. 408 ?

D'ailleurs, en imposant au dépositaire l'obligation de conserver *un actif suffisant* pour désintéresser le déposant, nous n'avons pas entendu lui imposer l'obligation de conserver par devers lui une quantité suffisante d'espèces semblables à celles qu'il a reçues.

L'obligation de conservation sera respectée si l'ensemble des droits utiles et réalisables du dépositaire reste supérieur à son passif ; tant qu'il n'est pas au-dessous de ses affaires, le dépositaire conserve dans son patrimoine la valeur qu'y ont mise ses déposants ; le jour où il sera constaté que ce patrimoine ne leur offre plus une garantie suffisante, ceux-ci seront en droit de lui reprocher d'avoir violé le contrat de dépôt, par contravention aux dispositions de l'art. 1915.

Rien n'empêche donc de conclure que le dépôt irrégulier peut très bien satisfaire aux exigences de la loi, et quant à l'obligation de restitution en nature, et quant à l'obligation de conservation, — tout en différant profondément du dépôt régulier quant aux conséquences pénales de leur violation.

Au surplus, le Code civil lui-même ne suppose-t-il pas le dépôt irrégulier, et dans l'art. 1932, et surtout dans l'art. 1930 ? Le premier prévoit la restitution du dépôt de sommes monnayées « dans les mêmes espèces qu'il a été fait » ; quoi d'incompatible avec la théorie que nous exposons ? — quant à l'art. 1930, il dispose que le dépositaire

taire « ne peut se servir de la chose déposée sans la permission expresse ou présumée du déposant ». N'est-ce pas viser ce qui se produit dans le dépôt irrégulier, où une pareille permission se présume nécessairement quand il s'agit de choses qui se confondent avec les choses pareilles se trouvant déjà dans le patrimoine du dépositaire ? spécialement des deniers, qui sont le type de cette catégorie d'objets, et qui par suite deviennent sa propriété ? au point même que s'il vient à tomber en déconfiture, les déposants d'objets fongibles qui ne leur auront pas donné le caractère de corps certains en en faisant une description et en prenant leurs précautions pour pouvoir les identifier, ne seront pas considérés comme propriétaires revendiquant leur bien, mais comme créanciers chirographaires soumis à la loi du concours.

L'art. 1930, qui prévoit une telle situation, prévoit-il donc autre chose que le dépôt irrégulier ? Il prévoit tout simplement une clause qui n'est que l'application du principe de la liberté des conventions. Ne serait-ce pas ajouter étrangement à ses dispositions que de lui faire dire : « Le déposant peut permettre au dépositaire expressement ou tacitement, de se servir de l'objet du dépôt ; — mais s'il le fait, le contrat qu'il a conclu changera de nature et ne sera plus un dépôt. » Ne serait-ce pas en définitive aboutir à cette conclusion : « En matière de dépôt, le déposant ne peut autoriser le dépositaire à se servir de la chose déposée », c'est-à-dire à une conséquence formellement contraire non seulement à l'esprit, mais à une disposition formelle de la loi.

Un autre argument peut encore être tiré de l'art. 2079 du Code civil, aux termes duquel le gage n'est en définitive qu'un dépôt. Or, comme le gage peut porter sur des choses fongibles, il s'ensuit que la loi prévoit, indirectement il est vrai, mais formellement, le dépôt irrégulier.

Enfin, si le contrat que nous envisageons ici n'était pas un dépôt, il serait tout au moins nécessaire de lui trouver une autre qualification juridique. Pas plus pour le dépôt

irrégulier que pour tout autre, l'hypothèse d'un contrat *sui generis* n'est admissible ; l'existence n'en est pas soutenable dans l'état actuel de notre législation ; les éléments spécifiques, propres aux différents contrats sont peu nombreux et ne peuvent servir à former qu'un nombre défini, limité, de combinaisons que notre législation moderne a toutes envisagées.

Force nous est donc de choisir parmi elles celle qui présente le plus d'affinités avec notre hypothèse et d'examiner si, mieux que le dépôt, elle concorde avec elle. Or, il n'est possible de relever une pareille analogie que dans un seul contrat, le prêt de consommation, où la situation respective des parties offre en fait certaines ressemblances avec celle qui résulte du dépôt irrégulier. Dans un cas comme dans l'autre, nous trouvons du côté du tradens une aliénation du droit de propriété de la chose livrée, et à la charge de l'accipiens, la création d'une obligation de restitution de choses équivalentes. Y a-t-il là une identité suffisante pour faire perdre son individualité au dépôt irrégulier, et telle qu'on ne puisse ainsi le considérer que comme une variété du prêt de consommation ?

C'est par la négative que doit être résolue cette question. Il ne peut en effet suffire qu'une situation de fait analogue soit la résultante de contrats divers, pour pouvoir leur appliquer indistinctement la même qualification juridique. Les faits matériels considérés en eux-mêmes, sont dénués de toute signification. Seul, le rapprochement de l'intention des parties, de leurs caractères, de la nature de leurs rapports et de tous les effets de la convention qu'elles ont conclue, peut les éclairer et les placer sous le véritable jour sous lequel ils doivent être considérés.

Ce qui guide les cocontractants dans la conclusion de leurs conventions, c'est d'abord le but qu'ils poursuivent ; veulent-ils aboutir à une aliénation de propriété à titre onéreux, c'est une vente qui interviendra ; veulent-ils n'abandonner que temporairement l'usage de la chose, ce

sera, soit un louage, soit un commodat, suivant que cet abandon sera rémunéré ou gratuit, etc. La commune intention des parties est ainsi l'une des caractéristiques les plus essentielles de chaque contrat en particulier, et c'est pour ce motif que l'art. 1156 prescrit, dans l'interprétation des conventions, de « rechercher la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

Comment d'autre part connaître cette commune intention ? Les caractères des parties, les rapports qui existaient entre elles au moment de la rédaction du contrat, en sont certainement l'une des principales manifestations ; leur examen présente ainsi la plus grande utilité au point de vue de la différenciation des contrats.

Enfin à chaque contrat correspondront des effets et obligations principales ou secondaires différentes à la charge des deux parties et à l'aide desquelles il sera possible de lui donner la qualification juridique qui lui convient.

Tels sont les points essentiels sur lesquels le prêt de consommation et le dépôt irrégulier devraient concorder pour qu'il fût possible de les identifier. Nous allons voir, non seulement qu'une pareille concordance n'existe pas, mais encore qu'à cet égard il existe entre eux une opposition d'où résulte invinciblement la réponse négative que nous formulions tout à l'heure.

Quant à l'intention des parties, en premier lieu, la comparaison du prêt de consommation et du dépôt irrégulier accuse une contrariété absolue ; au premier cas, en effet, le tradens est guidé par une intention de bienfaisance, tandis qu'au contraire, il attend du dépôt irrégulier un profit personnel.

Le prêteur sait très bien, non seulement que l'emprunteur doit consommer l'objet qu'il lui remet, mais encore que pendant un certain temps celui-ci sera dans l'impossibilité d'opérer la restitution. Souvent, le prêt constitue pour lui un sacrifice, il se prive de choses dont il aurait pu

retirer une certaine utilité pendant la durée du prêt ; la certitude de la restitution peut même être pour lui plus ou moins grande ; il agit donc pour obliger l'emprunteur, c'est-à-dire par un sentiment de bienfaisance.

De son côté, l'accipiens n'emprunte la chose que parce qu'il en a besoin momentanément, soit qu'elle lui manque totalement, soit qu'il n'ait qu'une quantité insuffisante de choses semblables. Son usage, et par là même sa consommation, sont ainsi son principal objectif, et point n'est besoin, à cet effet, du consentement exprès ou présumé du tradens, comme cela a lieu en matière de dépôt ; ce consentement est de droit, il est de la nature même du contrat.

Tout autre sera le but poursuivi par les parties en matière de dépôt irrégulier. Le déposant ne cherchera pas à obliger le dépositaire au prix même d'un sacrifice personnel. Son utilité est son seul mobile. La garde de la chose se trouve être embarrassante pour lui ; elle peut l'exposer à certains risques, à certaines responsabilités qu'il ne veut pas assumer, etc... Pour se décharger de ces inconvénients, il cherche un individu qui soit en mesure de les lui éviter. La confiance qu'il aura dans la solvabilité du dépositaire sera naturellement la seule raison qui le déterminera à traiter avec telle personne, plutôt qu'avec telle autre. Ne cherchant que son avantage, il entendra écarter complètement tout risque et obtenir une sécurité plus grande même que ne lui donnerait la conservation de la chose par devers lui. La garde de la chose livrée, d'ailleurs tenue à sa disposition au fur et à mesure de ses besoins, voilà donc ce que le déposant demande à son cocontractant.

Et, — peut-on trouver situation plus inverse de la précédente ? — ce sera ici l'accipiens qui rendra service au tradens. Sans doute, il pourra prendre telles dispositions qui lui permettront de tirer à son tour profit de ce service rendu, mais d'une manière tout à fait indirecte. Il n'attendra pas cette récompense du tradens, mais seulement

de son activité personnelle. D'ailleurs, il sait très bien que le tradens ne lui demande qu'une chose : tenir la chose livrée à sa disposition au fur et à mesure de ses besoins et que, pour lui, il n'a pas à invoquer l'utilité qu'il pensait retirer de la chose déposée pour obtenir un délai de restitution.

Si l'intention des parties diffère si profondément, c'est en second lieu parce que, dans l'un et dans l'autre cas, elle est le fruit de la différence de leurs caractères et des rapports qu'elles ont entre elles.

Le prêteur, n'agissant pas en vue de son utilité propre, n'a aucun caractère spécial. C'est un capitaliste quelconque qui, à un moment donné, se trouve sollicité par l'emprunteur.

Pour celui-ci, ainsi que nous venons de le dire, il a besoin de la chose qu'il emprunte, et il en a besoin pour s'en servir et par suite pour la consommer. De là vient qu'il n'entend pas être à la disposition du prêteur quant à l'époque de la restitution ; de là vient aussi qu'il offrira au prêteur un intérêt d'autant plus élevé que son besoin sera plus urgent.

Par cela même, au contraire, que le déposant est un individu que la garde de l'objet embarrasse, et que c'est lui qui attend un avantage du dépôt, ce sera lui qui sollicitera le dépositaire et qui lui offrira même certains avantages, tels que celui de pouvoir se servir de l'objet déposé, à la condition toutefois qu'il puisse toujours tenir des choses semblables à sa disposition.

Parfois même, le dépositaire fait le commerce d'accepter les dépôts en vue des avantages *indirects* qu'il espère en retirer ; ordinairement, c'est un banquier qui use de ce moyen pour se créer ainsi de nouveaux clients ; ceux-ci pourront avoir l'occasion de recourir à ses services non plus seulement pour des dépôts, mais encore pour d'autres opérations de toute nature plus fructueuses pour lui. Cela ne changera rien à la situation respective des parties, le déposant sera toujours le solliciteur, le

dépositaire le sollicité, c'est-à-dire juste l'inverse de ce qui a lieu dans le prêt de consommation.

Enfin, égale opposition entre les résultats du prêt de consommation et du dépôt irrégulier ; au cas de prêt de consommation, le prêteur n'est tenu que de la restitution à l'échéance, cette échéance est fixée d'avance, sa date est déterminée *d'après l'utilité que l'accipiens entend retirer du contrat*.

Le dépositaire, au contraire, est tenu de rester en mesure de désintéresser le déposant à la volonté de celui-ci ; ce ne sera donc plus l'utilité de l'accipiens, *mais bien celle du tradens* qui déterminera le moment de l'exigibilité, moment qui ne peut être en aucun cas déterminé d'avance.

Trop de différences, et des différences fondamentales, séparent donc le prêt de consommation du dépôt pour qu'il soit possible de les identifier. En vain, invoquerait-on la prétendue similitude tirée du transfert de propriété opéré au profit de l'accipiens ; il n'y a pas là, en réalité, une situation qui soit le fait du contrat lui-même. Si l'accipiens devient propriétaire des objets à lui remis, cela tient à une circonstance toute fortuite, la fongibilité de ces objets, entraînant pratiquement l'impossibilité de les distinguer de son patrimoine propre. Une telle similitude n'est pas spéciale au contrat de dépôt irrégulier ; nous la retrouverons également dans le mandat, auquel elle ne fait pas perdre son caractère. Nous la retrouvons également dans le cautionnement, elle existe encore dans le contrat de mariage (art. 1439, 1531-1532 du Code civil). On ne saurait donc y voir la base d'une identification entre le dépôt irrégulier et le prêt de consommation.

Nous avons également dit qu'aux termes de l'article 1917 du Code civil, la gratuité du contrat était un de ses caractères essentiels. Ce point a soulevé de nombreuses difficultés, surtout en raison de l'antinomie des articles 1917 et 1928 du Code civil, l'un donnant la gratuité comme étant essentielle au contrat de dépôt, l'autre supposant la

stipulation d'un salaire. La conciliation de ces deux textes est, au point de vue pénal, sans intérêt. Si l'on admet qu'un salaire puisse être stipulé, l'application de l'art. 408 du Code pénal se fera sans difficulté ; si l'on admet qu'au contraire elle dénature le contrat de dépôt et le transforme, soit en mandat, soit en louage de service, aucune difficulté ne sera davantage soulevée de ce chef, l'article 408 prévoyant encore ces deux hypothèses.

Le seul point de vue auquel la discussion de cette question puisse cependant présenter un certain intérêt, est celui que nous venons d'examiner, savoir la différenciation du dépôt irrégulier et du prêt de consommation, au cas où le dépositaire s'est engagé à servir l'intérêt des sommes qui lui sont confiées.

Mais cet intérêt tombe également si l'on considère qu'il ne peut rien y avoir là qui nuise à la gratuité du dépôt. Aux termes de l'article 106 du Code civil, le contrat est à titre onéreux lorsqu'il assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose. Le dépôt, obligeant le dépositaire et à la garde de la chose, et à sa restitution dans des circonstances données, sera donc toujours un contrat à titre onéreux à l'égard de celui-ci.

Quand on dit d'un contrat qu'il est gratuit, cela signifie que la partie qui en retire un avantage direct, le retire gratuitement, qu'elle n'est, pour sa part, obligée à aucune contreprestation. « Le contrat de bienfaisance, dit l'article 1104 du Code civil, est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage gratuit. »

Or, s'il peut arriver que le dépositaire fasse tourner le dépôt à son avantage, ce n'est qu'un avantage indirect qui résultera, non pas du contrat de dépôt, mais d'autres actes juridiques qui lui sont totalement étrangers ; tel le banquier qui place avantageusement les fonds déposés dans son établissement, il ne fait qu'user de deniers qui sont devenus siens. Le seul avantage dérivant du contrat de dépôt lui-même est, pour le déposant, déchargé des inconvénients que présente la garde des objets déposés.

Le seul sens utile et logique de la prescription de gratuité édictée par l'article 1917 se rapporte donc seulement à cet avantage qui doit lui être procuré sans qu'aucune contre-prestation soit mise à sa charge. Par suite, la stipulation d'un intérêt à la charge de l'accipiens au profit du tradens ne saurait, en aucune manière, altérer la gratuité du contrat et le transformer en prêt à intérêt.

D'ailleurs, au cas même où l'on admettrait que l'article 1917 concerne aussi bien le tradens que l'accipiens, la stipulation de l'intérêt normal du capital ne saurait être considérée comme contraire à la gratuité du contrat ; l'intérêt normal est, en effet, l'accessoire indispensable du capital ; il en est le produit naturel, comme le croît est celui des animaux ; il n'implique aucun sacrifice à la charge de celui qui doit le verser, et le tradens peut être à bon droit considéré comme ayant confié à l'accipiens, non seulement le capital, mais encore les intérêts normaux de ce capital pendant le temps du dépôt ; le service de ces intérêts n'est ainsi qu'une restitution de la part de l'accipiens dont le patrimoine ne subit aucune diminution de ce chef ; bien au contraire, il est permis de dire que c'est l'abandon qu'en ferait le tradens qui nuirait à la gratuité du contrat, en ce sens qu'il constituerait une diminution du patrimoine du déposant au profit de celui du dépositaire, diminution qui, étant corrélatrice à l'obligation de garde, en constituerait une rémunération !

En résumé, nous pouvons conclure qu'il y aura contrat de dépôt et, par suite, possibilité d'appliquer l'article 408 du Code pénal :

1° Si le contrat a été conclu en vue de l'intérêt du déposant ;

2° S'il a eu pour objet la garde de la chose et la restitution en nature, dans le sens où nous avons admis cette expression.

A défaut de la première condition, l'article 408 ne sera susceptible d'application que si l'objet remis est un corps

certain ; si l'absence de ce caractère essentiel du dépôt empêche d'en qualifier ainsi le titre de la remise de l'objet détourné, du moins n'empêche-t-elle pas qu'il ne constitue soit un commodat, soit un louage. La fongibilité de l'objet impliquerait au contraire l'existence d'un prêt à l'intérêt ou de consommation, non compris dans l'énumération limitative de l'article 408.

Pour la seconde condition, son absence rendra l'article 408 inapplicable dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un objet fongible, — il y aurait alors soit prêt à intérêt, soit prêt de consommation, — ou qu'il s'agisse d'un corps certain ; le défaut de l'obligation de conservation entraînerait l'absence de l'obligation de dessaisissement, donc du caractère fiduciaire de la convention.

Il est inutile de faire de nouveau ressortir le caractère logique et utilitaire de cette théorie, logique en ce qu'elle met le droit pénal en concordance avec le droit civil, par l'application de l'article 408 au dépôt irrégulier considéré comme dépôt véritable et non comme variété du prêt de consommation, utilitaire en ce que, pratiquement, les dépôts irréguliers sont les plus fréquents, ceux dans lesquels le détournement est le plus facile, partant le plus coupable. Dire qu'il n'a du dépôt que le nom le ferait échapper à la loi pénale. Adopter comme nous le faisons la théorie contraire l'y soumet et assure à la propriété individuelle une protection dont l'absence constituerait une lacune inexplicable de la loi.

3° *Le mandat.*

C'est dans le troisième des contrats énumérés par l'article 408 du Code pénal, que le caractère fiduciaire de l'opération se trouve être le plus facile à séparer des autres clauses de la convention. Leur liaison avec la fiducie s'y trouve être, en effet, beaucoup moins intime que dans les autres contrats fiduciaires. étant donné que le mandat

peut parfaitement exister sans qu'il y ait remise d'un objet quelconque.

Le mandat est, aux termes de l'article 1984 du Code civil, « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Cet acte pourra se compléter par une remise d'objet sur lequel le mandataire devra accomplir certains actes juridiques déterminés ; c'est l'hypothèse prévue par l'article 408 du Code pénal ; le mandat sera, dans ce cas, composé de deux groupes distincts de convention :

1° Les conventions relatives à la remise de la chose et à son dessaisissement, c'est-à-dire celles qui tiennent au caractère fiduciaire de l'opération ;

2° Les conventions relatives à l'ordre donné et à son exécution, ce sont celles qui répondent plus particulièrement à l'intention spéciale des parties. Les termes de l'article 408 du Code pénal ne permettent pas d'appliquer ces sanctions à leur violation ; il convient donc d'envisager spécialement les premières, seules susceptibles de les recevoir.

Comme dans tout autre contrat fiduciaire, les obligations relatives à la remise de la chose sont au nombre de deux : la conservation de la chose en vue de pouvoir lui donner la destination assignée, le dessaisissement dans des conditions déterminées. Comme dans tout autre également, l'étendue de ces obligations variera profondément suivant que l'objet remis sera fongible ou corps certain.

L'objet est-il fongible en premier lieu, il passe du patrimoine du remettant dans celui du mandataire qui va pouvoir en disposer, à charge bien entendu de ne pas se mettre frauduleusement dans l'impossibilité d'en fournir l'équivalent. Le cas est, du reste, prévu par l'article 1996 du Code civil qui impose au mandataire l'obligation de servir au taux légal, l'intérêt des sommes ainsi employées à ses besoins personnels.

Mais au terme fixé par le contrat, le mandataire devra fournir l'équivalent de ce qu'il a reçu et lui donner la destination assignée ; il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces expressions et ne voir en elles que les deux parties d'une seule et même obligation ; il y a là deux obligations bien différentes l'une de l'autre, et dont la distinction est essentielle à faire au point de vue pénal. Seule, la violation de la première obligation est susceptible d'entraîner l'application de l'article 408 du Code pénal, comme rentrant seule dans les termes de celui-ci, et comme entraînant seule appropriation au profit du mandataire.

L'inexécution du mandat est donc parfaitement distincte de la violation du dépôt fait à titre de mandat ; l'intention frauduleuse d'appropriation et l'appropriation effective n'existeront que si elles se complètent par la violation de celui-ci ; l'article 408 ne sera applicable que dans ce cas. Le manquement du mandataire à toute autre de ses obligations ne pourra constituer qu'une faute civile dont le mandant ne pourra poursuivre la réparation qu'au moyen de l'action civile.

Un exemple pratique fera comprendre l'utilité de la distinction. Un individu a reçu une somme déterminée, à charge par lui de payer à la fin du mois des effets que le remettant a domiciliés chez lui. Dans l'intervalle, le mandataire joue aux courses et perd une somme telle que, l'échéance venue, il lui est impossible de retirer les effets, qui sont de ce chef protestés.

Ce mandataire a-t-il commis un abus de confiance ?

Son acte doit être examiné : 1° au point de vue de l'intention frauduleuse ; 2° au point de vue de la réalisation matérielle du délit ; 3° au point de vue des circonstances spéciales exigées par l'article 408 du Code pénal.

Au premier point de vue, lorsqu'il a joué, il pouvait prévoir deux situations :

Ou bien, il était en droit de compter sur des rentrées telles qu'en cas de perte et malgré tout, il se trouverait

en mesure de faire face à ses engagements. Une pareille situation est exclusive de l'intention frauduleuse d'appropriation ; en jouant, du reste, il ne faisait qu'exposer des deniers devenus siens.

Ou bien, il ne pouvait compter sur de telles rentrées ; il savait qu'une perte lui serait fatale, qu'il s'ensuivrait nécessairement impossibilité de fournir l'équivalent de la somme reçue et, par suite, appropriation définitive à son profit ; il a donc agi en connaissance de cause ; il a voulu l'acte initial de sa ruine, il en a voulu les conséquences nécessaires ; l'élément moral du délit est constitué.

Mais, dira-t-on, le joueur ne prévoit jamais la perte, sans quoi, il ne jouerait pas ! Il y a là une confusion sur le sens du mot « prévoir ». Le joueur ne prévoit pas davantage le gain que la perte, il espère le premier, mais il s'expose à la seconde : « Qui ne risque rien n'a rien », telle est sa maxime, et il suffit qu'il puisse envisager cette situation pour que l'on puisse dire qu'il s'y est exposé volontairement.

Au point de vue de la réalisation matérielle du délit, ce n'est qu'à l'échéance qu'elle sera réputée consommée. Auparavant, il n'y aura eu que des actes préparatoires, mais trop équivoques pour être incriminables à eux seuls, car en définitive, en jouant, le mandataire n'a fait qu'user de deniers devenus siens.

A l'échéance donc, ou bien il ne sera pas en mesure de fournir l'équivalent de ce qu'il a reçu, le délit sera consommé par la coexistence de tous ses éléments ;

Ou bien, par suite d'événements heureux, mais inattendus, il sera en mesure de le faire. Rien ne pourra lui être reproché. S'il a eu une intention frauduleuse, il ne l'a pas mise à exécution ; d'autre part, le mandant ne peut se plaindre d'aucun préjudice.

Enfin, quant aux circonstances spéciales du mandat, validité du contrat, caractère pécuniaire de l'objet, etc..., par hypothèse, nous les avons supposées réalisées ; elles

sont, en effet, sans intérêt au point de vue de la discussion présente.

Si, au contraire, le mandataire, sans violer le dépôt, avait apporté à l'exécution de son mandat une négligence manifeste, qu'il se soit par exemple absenté au moment de l'échéance des effets, sans prendre aucune mesure pour assurer leur paiement, le résultat matériel serait le même : il y aurait tort, donc préjudice causé au mandant, mais l'appropriation n'aurait été ni voulue, ni effectivement réalisée par lui, si toutefois il ne se livre pas, après coup, à des manœuvres frauduleuses ayant pour but de cacher la situation ainsi créée à son mandant ; encore dans ce cas faudrait-il qu'il cherchât non seulement à s'exonérer des conséquences dommageables de la négligence qu'il a apportée à l'exécution de son mandat, il n'y aurait encore là que dol civil, mais bien à se dispenser de l'obligation de restitution des fonds reçus dont il serait alors grevé, auquel cas il y aurait manœuvres d'appropriation.

En définitive donc, c'est la seule violation du dépôt par appropriation des choses remises à titre de mandat, et non du mandat lui-même, qui est susceptible d'être sanctionnée par l'article 408 du Code pénal.

Envisageons maintenant l'hypothèse où l'objet de la remise est un corps certain. L'obligation de l'accipiens ne porte plus ici sur la chose à rendre, mais sur la chose reçue elle-même ; la libération par équivalent, qui tout à l'heure était le mode normal, est impossible. De là découle cette double conséquence, commune du reste à tous les contrats fiduciaires :

a) L'obligation de conservation s'entend dans son sens le plus étroit, puisqu'elle porte sur la chose reçue elle-même ;

b) L'appropriation n'est nécessaire ni en intention ni en fait pour la consommation du délit, la violation du dépôt fait à titre de mandat ne la comporte pas obligatoirement.

Intention de nuire et disposition de l'objet de manière à ne pouvoir s'en dessaisir, ou refus de s'en dessaisir, telles sont les seules conditions requises pour l'application de l'art. 408. Elles sont suffisantes, mais ajoutons qu'elles sont également nécessaires ; un simple mépris de l'assignation de destination n'est pas générateur de l'abus de confiance : vous me remettez un meuble avec mandat de le vendre ; au lieu de le faire, et malgré les offres d'un acheteur au prix fixé, je le loue ; je suis peut-être responsable civilement, mais non pénalement. Seul un *furtum usus* peut être retenu à ma charge, mais non un *furtum proprietatis* ; j'ai violé le mandat, non le dépôt fait à titre de mandat.

Telles sont les conséquences pénales de la violation de ce contrat. Quant à l'identification des caractères qui permettent de le distinguer des autres contrats similaires, elle est ici sans intérêt particulier. Une remise d'objet avec assignation d'emploi ne peut en effet constituer, à défaut du mandat, qu'un dépôt, si la garde au profit du tradens a été le principal objectif des parties, qu'un commodat si l'intérêt de l'accipiens a été spécialement envisagé, qu'un louage si les deux parties cherchent chacune à retirer un avantage spécial de la convention, qu'une remise faite pour un travail salarié ou non, si, sur l'objet livré avec assignation de destination, l'accipiens doit effectuer non un acte juridique, mais un acte matériel pur et simple. Toutes ces hypothèses sont formellement prévues par l'art. 408 ; que l'on se trouve donc dans l'une ou dans l'autre, peu importe ; le détournement de l'objet remis à l'un de ces divers titres est également susceptible de constituer le délit d'abus de confiance.

4° *Le nantissement.*

Aux termes de l'art. 2071 du Code civil, le nantissement est le contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de sa dette. La remise

d'une chose, la confiance qu'elle implique en la bonne foi de l'accipiens, l'obligation de dessaisissement donnent à ce contrat le caractère fiduciaire qui l'a fait admettre par l'art. 408 du Code pénal, au nombre de ceux dont la violation constitue l'abus de confiance. Cette admission, qui du reste ne s'est faite que bien après la promulgation du Code, par la loi du 13 mai 1863, fut nécessitée par la fréquence des contrats de ce genre, devenus de plus en plus nombreux avec la constitution des grands établissements de crédit et des grandes maisons de commerce. Les premiers, en généralisant le système des avances sur titres, aujourd'hui d'une pratique courante, les seconds, en prenant l'habitude d'exiger de leurs employés ou tout au moins de ceux d'entre eux qui manient des fonds le dépôt d'une certaine somme pour garantie de leur gestion, ont donné au nantissement une extension inconnue auparavant. Sous ce double rapport, il était nécessaire que la loi envisageât au point de vue pénal la violation de ce contrat, le tradens étant le plus souvent, surtout dans le second cas, dans un état d'infériorité par trop grande vis-à-vis de l'accipiens.

Si, pour déterminer les caractères distinctifs du nantissement, on s'arrête aux termes de l'art. 2071 du Code civil, il semble au premier abord que l'on doive considérer comme nécessaire à la formation du contrat :

1° La remise d'une chose faite par un débiteur à son créancier ;

2° L'affectation de cette chose à la garantie d'une dette actuelle du premier envers le second.

Comment entendre ces expressions ? doit-on s'en tenir strictement au texte légal, ou au contraire l'interpréter *lato sensu* ? Le premier système, — système restrictif, — aurait pour résultat d'écarter du domaine de l'art. 408 nombre de cas où sa protection présenterait justement la plus grande utilité, tandis que le second, beaucoup plus

compréhensif, fera sortir à la loi tout l'effet qu'on a pu en attendre.

Les deux conditions ci-dessus énoncées sont en effet d'une réalisation complète et textuelle assez rare. Il arrive fréquemment, en premier lieu, que l'objet donné en garantie, au lieu d'être remis au créancier par le débiteur lui-même, le soit par un tiers. Le détournement de cet objet peut-il recevoir la sanction prévue par l'art. 408 ?

En faveur de la négative, on peut soutenir que l'art. 2071, en définissant le nantissement, ne prévoit que l'hypothèse où le débiteur livre lui-même l'objet ; — d'autre part, si un tiers se rend ainsi garant du paiement, n'y a-t-il pas là plutôt qu'un nantissement, un cautionnement, limité à la valeur de l'objet remis au créancier, comme le permet l'art. 2013 du Code civil ? Et ce dernier argument prend une force spéciale au cas, pratiquement le plus commun, où le nantissement est fourni en numéraire.

La première objection veut entendre le mot « remettre » dans un sens étroit, qu'en réalité il n'a qu'exceptionnellement. Remettre un objet en garantie, c'est synonyme de « fournir » un objet en garantie ; or, tel est toujours le rôle du débiteur ; qu'il fournisse en garantie un objet faisant déjà partie de son patrimoine, ou qu'il se le procure d'un tiers qui consente à le lui prêter à cet effet, les rapports juridiques existant entre le créancier nanti et le débiteur donneur de gage sont toujours identiques. Une pareille opération s'analyse : 1° en un contrat passé entre le tradens et le tiers propriétaire, aux termes duquel celui-ci procure à celui-là, dans un but déterminé et à certaines conditions, l'objet à donner en garantie ; 2° en un contrat intervenu entre le débiteur et son créancier, aux termes duquel ledit objet est remis au créancier pour garantir la dette du débiteur. Si maintenant, le tiers se charge de remettre directement l'objet au créancier, il ne le fait que sur la demande du débiteur, ici le vrai donneur d'ordres, et dans le but d'éviter un double transfert matériel ; il y a remise, abrégée en fait, *traditio longa*

manu, — peu importe, les conditions juridiques prévues par l'art. 2071 sont entièrement réalisées.

Enfin, et ceci répond à l'objection qui prétendrait assimiler le nantissement remis par un tiers au cautionnement, l'art. 2077 du Code civil prévoit expressément que le gage, — nantissement des choses mobilières, donc le seul susceptible de donner lieu à l'application de l'art. 408 du Code pénal peut être donné « par un tiers pour le débiteur ». N'est-ce pas là justement notre hypothèse ?

Si le nantissement peut être donné par un autre que le débiteur, il faut ajouter qu'il peut également être donné pour une dette non seulement non exigible, mais encore non liquide. La question offre un intérêt pratique considérable, relativement aux sommes fournies par les employés en garantie de l'exécution de leurs fonctions. Aucune difficulté n'est du reste possible ; l'art. 2071 prend le mot « dette » dans son véritable sens juridique : accomplissement d'une obligation. Aucune disposition légale n'intervenant en sens contraire, le principe de la liberté des conventions doit recevoir ici son application pure et simple.

Enfin, nous pouvons encore supposer le cas où le créancier gagiste s'obligerait à servir à son débiteur une indemnité quelconque représentative du dommage que lui cause la privation de son bien. Le contrat peut alors prendre l'apparence, soit d'un prêt à usage, soit d'un louage, s'il s'agit d'un corps certain, d'un prêt à intérêt s'il s'agit d'un objet fongible.

Au premier cas, l'intérêt du problème au point de vue pénal est minime, le détournement de l'objet remis à titre de louage et de commodat constituant un abus de confiance aussi bien que celui de l'objet remis à titre de nantissement. Nous nous contenterons de dire qu'en cas de doute sur le véritable caractère d'un contrat, on doit s'attacher surtout à l'intention des parties ; qu'en l'espèce elles ont eu principalement en vue la garantie d'une dette, la rémunération stipulée n'ayant qu'un caractère

accessoire, celui de compensation accordée au débiteur, dont le créancier, tout en s'assurant pour lui-même un avantage supplémentaire, n'a pas voulu augmenter les charges ; qu'il ne s'ensuit donc pas qu'il ait sur le gage un autre droit que celui de le retenir pour assurer son paiement, et qu'il ne saurait en prétendre aux avantages que lui aurait procurés un louage ou un commodat.

L'intérêt est au contraire beaucoup plus considérable si l'objet donné en nantissement est une chose fongible, qui se confond avec le patrimoine de l'accipiens. Dire qu'il y a prêt de consommation ou à intérêt, c'est écarter toute possibilité d'application de l'art. 408. Mais les mêmes motifs que dans le cas précédent militent également en faveur de la compatibilité du nantissement avec la stipulation de l'intérêt du capital engagé ; — en outre, nous avons dit plus haut que l'intérêt normal du capital pouvant en être considéré comme le produit naturel, il n'est que juste d'admettre que l'accipiens doive la restitution et du capital et des intérêts, le tout ayant été mis dans son patrimoine par le tradens.

Les caractères du contrat de nantissement étant ainsi précisés, dans quelles conditions sa violation peut-elle constituer un abus de confiance ? Ici encore, nous avons à distinguer, suivant que l'objet remis est ou non un corps certain, l'étendue des obligations de l'accipiens, et par suite, l'étendue des domaines respectifs de la faute civile et de la faute pénale, variant dans chacun des deux cas.

Si nous envisageons en premier lieu le cas où un corps certain a été donné en nantissement, nous constatons à la charge de l'accipiens deux sortes d'obligations :

1° Les obligations communes à tous les contrats fiduciaires, interdiction de disposer du gage, de manière à ne pouvoir le représenter ou le rendre, — obligation de restitution à l'échéance ;

2° Les obligations spéciales au nantissement : obligation de ne pas employer l'objet confié à ses besoins person-

nels (art. 2079 du Code civil), obligation d'apporter à sa conservation les soins d'un bon père de famille (art 2080).

Les termes de l'art. 408 du Code pénal ne peuvent convenir qu'à la violation des deux premières ; celle des secondes ne saura dans tous les cas constituer autre chose qu'un dol civil, de même d'ailleurs que celle des précédentes, lorsque manquera l'un des divers éléments du délit.

La constitution du nantissement a-t-elle au contraire porté sur un objet fongible, l'obligation de conservation doit s'entendre tout autrement ; il suffit que le gagiste soit en mesure d'opérer la restitution à l'échéance ; il est propriétaire des deniers qu'il a reçus, il ne peut être tenu de les conserver matériellement. Seulement, ce qui lui est interdit, c'est de s'en approprier la valeur, de dépouiller le tradens du droit au dessaisissement auquel il est obligé, et c'est en cela que consistera le délit d'abus de confiance.

La conséquence la plus utile de la loi de 1863 a été de protéger les employés contre les risques de perte du nantissement en numéraire que beaucoup d'entre eux sont obligés de déposer entre les mains de leur patron pour garantie de leur gestion. Souvent, et c'est le cas pour l'Etat et les Administrations publiques, — le patron sert à son employé un intérêt des sommes ainsi déposées, en revanche, il met certaines conditions de délai et de préavis pour la restitution du nantissement dont il emploie le montant à ses besoins personnels ; c'est ainsi que les deniers consignés par les comptables de l'Etat se confondent avec ceux du Trésor et servent également aux besoins de l'Administration.

Tant que le gagiste est de bonne foi, l'employé ne court aucun risque, mais la facilité avec laquelle il est possible à un individu peu consciencieux de se procurer ainsi des sommes importantes, en faisant miroiter aux yeux des petites bourses l'appât de places lucratives, était un véritable danger public duquel la loi avait le devoir de se préoccuper. Le patron aurait eu trop beau jeu d'alléguer

soit son insolvabilité, soit des fautes imaginaires commises par ses employés et l'autorisant à retenir le nantissement ; s'il est établi qu'il n'agit que dans une intention de lucre, il est passible des peines de l'abus de confiance.

Seulement, il faut observer que le but du contrat de nantissement est de conférer le droit de rétention jusqu'à l'acquit complet non seulement de la dette garantie, mais encore de toute autre dette contractée postérieurement à la mise en gage et exigible avant le paiement de la première dette. L'intégralité du paiement peut donner lieu à des litiges, le gagiste peut invoquer le droit de rétention, alors qu'en réalité il y est mal fondé. Si, même dans ce cas, on ne peut lui reprocher qu'une simple erreur sur l'étendue de son droit, son refus de restitution ne pourra jamais constituer un abus de confiance, parce qu'il sera exclusif de toute intention frauduleuse.

Et par suite, au cas où il serait poursuivi en restitution du nantissement devant la juridiction pénale, il serait en droit de conclure à l'incompétence *ratione materiæ* de celle-ci ; sur la seule allégation de la bonne foi de son refus de restitution, il incombe au tradens d'en établir le caractère frauduleux ; à défaut de quoi le tribunal répressif doit considérer qu'il n'y a entre les parties qu'un litige purement civil, et ressortissant à la seule compétence du tribunal civil. Ce n'est en définitive qu'une application particulière de la théorie précédemment exposée sur la nécessité de l'intention d'appropriation ; le même fait se reproduira chaque fois que la cause en présentera une circonstance exclusive quelle qu'elle soit ; elle seule, en effet, vicie l'acte de l'accipiens ; son juge naturel, de droit commun, c'est le juge civil, si le tradens prétend le lui enlever et le rendre justiciable du juge répressif, juge d'exception, qu'il justifie cette dérogation aux règles de la compétence, en prouvant que le fait qu'il incrimine n'est plus simplement une faute civile, mais une faute pénale ressortissant à la juridiction pénale.

5° *Le prêt à usage.*

De l'abus de confiance par violation du prêt à usage, il n'est besoin de faire ici qu'une étude très succincte. Les règles établies à propos de la fiducie s'appliquent en effet sans difficulté, d'autant plus que l'objet remis est un corps certain dans tous les cas. S'appesantir sur la conséquence pénale de la violation du commodat ne nous amènerait donc qu'à des redites : il suffira de rassembler brièvement les divers éléments que nous possédons déjà pour avoir une idée aussi complète que possible de la constitution de l'abus de confiance en cette matière.

Le Code civil définit le commodat : « Un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à charge par le preneur de la rendre après s'en être servi. » En pratique, l'analyse juridique des rapports des parties pourra présenter certaines difficultés, par suite de l'analogie du prêt à usage avec le louage ou le dépôt ; mais elle est à notre point de vue d'un intérêt relativement faible, l'abus de confiance étant également possible dans chacun de ces cas.

Il est pourtant une espèce où l'identification du contrat est nécessaire à l'application de l'art. 408. Il est en effet souvent convenu entre les parties que l'accipiens, qui reçoit la chose pour s'en servir, s'oblige à la rendre ensuite, s'il ne préfère en payer le prix. En règle générale, il ne doit aucune rétribution au tradens pour cet essai. Tous les caractères du prêt à usage, remise d'un objet, autorisation de s'en servir conférée à l'accipiens, délai de restitution, obligation de n'user de la chose que conformément aux prescriptions du contrat, de lui donner les soins d'un bon père de famille et jusqu'à la gratuité prévue par l'art. 1876 du Code civil, semblent réunis en ce cas. L'inexécution par l'accipiens de l'obligation de conservation ou de dessaisissement tombe-t-elle sous le coup de la loi pénale ?

L'intérêt de la question n'est pas moins pratique que théorique ; la situation envisagée est en effet celle que crée la vente à l'essai, contrat par lequel le vendeur livre sa marchandise à l'acquéreur, à charge par lui de la restituer après en avoir fait l'essai, s'il n'entend tenir la vente pour conclue et en payer le prix. Il peut arriver, — et il arrive souvent, — qu'au terme de l'essai, l'acquéreur ne soit en mesure ni de restituer ni de payer. Le vendeur pourra-t-il disposer, pour faire respecter ses droits, de l'action pénale aussi bien que de l'action civile, ou en sera-t-il réduit à cette dernière seule ?

L'étude générale du dessaisissement en matière de fiducie nous a conduit à admettre cette dernière solution. L'accipiens n'est en effet tenu que d'une obligation facultative : ou rendre l'objet, ou payer. Rend-il la restitution impossible, la faculté de ne pas conclure le marché est caduque ; à la sollicitation du vendeur a correspondu un acte emportant consentement implicite de l'acquéreur ; le consentement de chacune des parties coexiste, la propriété est transférée conformément à l'art. 1583 du Code civil, et le vendeur ne peut exiger que le paiement du prix convenu. Il ne saurait par suite être question d'abus de confiance là où il n'y a obligation ni de conservation ni de dessaisissement en nature, et la seule action qui puisse appartenir au vendeur ne sera jamais que l'action civile en paiement du prix.

Quant à son objet, le prêt à usage, de par sa définition même, ne peut s'appliquer qu'à des corps certains, ou à des objets fongibles, auxquels une description exacte et minutieuse a donné le caractère de corps certains, et qui ne sont pas livrés pour un usage emportant leur consommation : telles des pièces de monnaie remises à un changeur dans le seul but d'être placées à sa vitrine.

Enfin, il ne saurait être parlé ici d'appropriation comme condition nécessaire de la consommation du délit ; la seule intention qui soit nécessaire, c'est celle de nuire au tradens ; le seul résultat, c'est le préjudice qui doit en

résulter pour lui. L'emprunteur qui détruirait volontairement l'objet confié à sa garde, dans le but d'en priver injustement le prêteur, de lui causer un dommage, se rendra donc passible des peines de l'abus de confiance ; il n'aura pas en effet commis seulement un *furtum usus*, mais un *furtum proprietatis*.

6° *Remise opérée en vue d'un travail salarié ou non.*

Sur l'objet remis avec affectation de destination, l'accipiens peut avoir à accomplir deux sortes d'opérations : des actes juridiques, tels qu'une vente, un louage, un placement, etc..., ou des actes purement matériels : réparations, modifications, actes d'exploitation, etc... Au premier cas, les rapports existant entre les parties sont ceux de mandant à mandataire ; au second, il ne saurait plus être question de ce contrat ; le mandataire ne peut avoir pour mission que de créer des relations juridiques entre son mandant et le tiers avec lequel il contracte au nom de celui-ci ; l'individu qui se charge d'exécuter un acte matériel n'est plus un intermédiaire, il est la contrepartie directe et unique du remettant, envers lequel il engage ses services, et auquel il est lié par le contrat prévu à l'article 1740 du Code civil, sous le nom de louage d'ouvrage.

Une différence essentielle sépare donc ces deux hypothèses, et pourtant le danger du détournement est égal dans l'une et dans l'autre, sa consommation aussi coupable ; c'est pourquoi la loi a jugé nécessaire de les assimiler au point de vue pénal et d'appliquer les sanctions de l'abus de confiance non seulement au mandataire infidèle, mais encore à l'individu coupable d'avoir détourné ce qu'il a reçu pour un travail salarié ou non.

Mais la généralité de ces termes est à remarquer. Le Code ne se contente pas de dire : « à titre de louage d'ouvrage » ; il emploie une expression beaucoup plus

compréhensive : « pour un travail salarié ou non ». S'il faut, en matière pénale, proscrire toute interprétation extensive et n'entendre les termes légaux que *stricto sensu*, du moins faut-il leur donner leur sens naturel tout entier. Nous devons en conséquence admettre :

1° Que l'expression « pour un travail salarié ou non » peut s'appliquer à tout genre de travail ; accomplissement d'actes matériels comme d'actes juridiques ;

2° Que par suite, quel que soit le parti que l'on prenne sur la compatibilité de la fiducie et de la fongibilité, en matière de mandat et de louage d'ouvrage, sur la gratuité du dépôt et du premier de ces contrats, sur le cantonnement du mandat aux opérations juridiques et du louage d'ouvrage aux actes matériels, la solution affirmative ou négative de ces questions n'aura qu'une importance relativement faible au point de vue pénal. La dernière disposition de l'art. 408 joue le rôle d'un filet à mailles très étroites, destiné à arrêter au passage les cas d'espèces que les autres ne parviendraient pas à retenir.

Néanmoins, son application la plus directe et la plus pratique se présente certainement en matière de louage d'ouvrage, où les remises d'objets opérées par le tradens peuvent avoir un double but. Le remettant peut n'attendre de l'accipiens que des soins quelconques à donner à la chose, ou vouloir en tirer le produit de son usage par l'intermédiaire de son cocontractant. En d'autres termes, l'accipiens peut se charger, soit de la conservation ou de la modification, soit de l'exploitation de l'objet remis, en s'en servant pour le compte du mandant. Le respect du droit du tradens est également assuré dans les deux cas par l'art. 408 du Code pénal.

C'est ainsi que le peintre qui substitue frauduleusement un autre tableau à celui qui lui a été remis pour le restaurer, l'estimer, etc..., commet un abus de confiance ; que s'en rend également coupable le meunier qui ne

rend pas la quantité de farine produite par le blé qu'on lui a donné à moudre, et qui remplace par du son de la farine marchande, etc...

C'est encore ainsi, d'autre part, que l'on doit appliquer sans hésitation l'art. 408 à l'ouvrier qui détruit frauduleusement, en tout ou en partie, l'instrument de travail que son patron lui a confié ; les actes dits « de sabotage » sont spécialement susceptibles d'être punis comme abus de confiance ; il s'agit en effet de corps certains dont l'appropriation n'est pas nécessaire à la consommation du délit. S'il est établi que l'ouvrier ait détruit volontairement son instrument de travail, afin d'en priver son patron, nul doute qu'il ait commis non le *furtum usus*, mais bien le *furtum proprietatis* nécessaire, mais suffisant à l'existence de l'abus de confiance, nul doute que le patron ne dispose à cet égard de l'action pénale de l'art. 408.

7° *Preuve de l'abus de confiance.*

Dans tout litige, il incombe au demandeur d'établir l'intégralité de ses prétentions. C'est là un point universellement admis, quelle que soit la nature du procès et de la juridiction saisie. Aucune difficulté n'est donc possible quant à l'application de ce principe en matière d'abus de confiance, que le demandeur soit l'individu lésé lui-même agissant en qualité de partie civile, ou le ministère public exerçant l'action publique. L'un et l'autre ont exactement la même preuve à rapporter, parce qu'ils ont l'un comme l'autre à détruire la présomption d'innocence dont bénéficie tout défendeur en matière criminelle.

Si pour le principe aucune difficulté ne peut être soulevée, il n'en va pas de même pour la détermination des règles suivant lesquelles la preuve doit être rapportée. C'est qu'en effet l'abus de confiance est un délit composite qui chevauche à la fois et sur le droit civil et sur le droit pénal. Doit-on estimer que les questions civiles qu'il sou-

lève sont des questions accessoires, que la partie pénale en est la principale et entraîne l'application des règles de la preuve pénale à l'ensemble du délit ? Que la poursuite tend à la répression d'un délit et que les délits peuvent toujours être établis par témoins ?

Un tel raisonnement est inadmissible à la logique juridique, il a pour conséquence une atteinte portée à la liberté individuelle. Il faut, en effet, se souvenir que l'abus de confiance est, en définitive, l'inexécution d'un contrat, inexécution revêtant un caractère spécial de gravité. Le demandeur a donc deux points à établir :

En premier lieu, que l'un des contrats énoncés à l'article 408 du Code pénal a été inexécuté comme nous l'avons dit ci-dessus, question purement civile.

Ensuite, que cette inexécution présente les éléments du délit, question pénale.

Le défendeur bénéficie, par contre de deux présomptions :

1° Absence de toute faute, même simplement civile ;

2° L'inexécution du contrat étant établie à sa charge, absence du caractère pénal de cette inexécution, et c'est cette double présomption que doit détruire le demandeur en rapportant la double preuve contraire. Or, la première forme une question préjudicielle qu'il importe de vider tout d'abord, elle touche à l'existence même du délit dont elle est la base, mais comme, même établie, le caractère délictuel qu'elle peut revêtir n'est considéré par la loi que comme une exception demandant une preuve nouvelle et spéciale, il est impossible d'appliquer à ce que le Code considère comme la normale (faute civile) les mêmes règles qu'à ce qu'elle ne considère que comme une exception (faute pénale) ; par suite, la question de droit civil pur devra être résolue suivant les règles du droit civil pur et c'est aux articles 1341 et suivants du Code civil, que devra recourir l'accusation pour établir :

1° Que les rapports des parties entre elles constituaient l'un des contrats prévus par l'article 408 du Code pénal ;

2° Que ce contrat a été violé par inexécution de la clause de dessaisissement.

L'importance de cette obligation est capitale car elle seule est compatible avec le respect dû à la liberté individuelle. En effet, lorsque sur la plainte d'un individu une instruction est ouverte, on sait que le juge d'instruction peut opérer toutes recherches qu'il croit utiles au domicile du prévenu. « Le juge d'instruction, dit l'article 87 du Code d'instruction criminelle, se transporte, s'il en est requis, et pourra même se transporter d'office dans le domicile du prévenu pour y faire la perquisition des papiers, effets et, généralement, de tous les objets qui sont jugés utiles à la manifestation de la vérité. » Or, il se peut qu'une perquisition amène chez le prévenu la découverte de moyens de preuve qui manquaient tout d'abord au plaignant, tel qu'un commencement de preuve par écrit. Si, par le moyen d'une plainte suivie de perquisition il était possible de réparer la négligence commise au moment de la conclusion du contrat, que de plaideurs n'hésiteraient pas à recourir à ce moyen pour trouver des armes contre leurs adversaires, alors même qu'en réalité ils sauraient n'avoir à leur reprocher qu'une simple faute civile. Il est impossible d'admettre au profit du demandeur un semblable droit, ni lui, ni le ministère public ne sauraient user de moyens de preuve ainsi acquis. Le débat serait porté au civil, au lieu de l'être au criminel, le plaignant en serait réduit à ses propres ressources pour se procurer les pièces qui lui sont nécessaires ; sa position ne saurait être améliorée du fait qu'il a pris une voie exorbitante du droit commun. La compétence de la juridiction criminelle en matière de questions préjudicielles civiles est toute exceptionnelle, puisqu'elle porte sur des questions dont normalement elle ne pourrait connaître

ratione materiæ, il est par suite indispensable à la garantie des droits du prévenu que, si ces questions préjudicielles sont soumises à l'examen de juges qui, régulièrement ne devraient pas en connaître, du moins cet examen n'ait lieu que suivant les règles propres à la nature du litige.

Il faut donc proscrire absolument tout droit de perquisition tant que le plaignant n'a pas établi la partie civile du délit, conformément aux règles posées par le Code civil, de même le plaignant ne pourra faire aucun état soit des pièces ainsi découvertes, soit des témoignages entendus, pour prouver outre et contre le contenu des actes, si l'on se trouve en matière excédant 150 francs.

Ce droit ne peut exister qu'en ce qui concerne la partie criminelle proprement dite du délit. Or, nous avons assigné au domaine civil les questions de l'existence du contrat, et de sa violation par inexécution de la clause de dessaisissement, points qui, résolus affirmativement, n'impliquent en aucune manière l'existence du délit. Le domaine du droit criminel comprendra donc tout ce qui peut transformer cette faute civile en faute pénale, et c'est dans ce seul domaine que les moyens d'instructions prévus par la loi pénale pourront trouver leur emploi. La première présomption, absence de violation du contrat fiduciaire, étant détruite par les voies de droit commun, les moyens de preuve criminelle pourront servir à détruire la seconde présomption, absence du caractère pénal de cette violation. Le cantonnement dans ces limites de chacun de ces modes de preuve est absolument nécessaire, lui seul permet de respecter la liberté individuelle des particuliers ; il est voulu par la logique, par l'équité et par la loi.

Quant aux jugements interlocutoires que le tribunal peut rendre pour éclairer davantage sa religion, ils doivent également respecter le même principe. Les magistrats peuvent, tant que la violation du contrat fiduciaire n'est pas parfaitement établie, ordonner l'une des mesures d'instruction prévue par le Code de procédure civile,

si les conditions voulues se trouvent réalisées, mais là se borne leur pouvoir. L'existence d'une obligation, la réalité de sa violation doivent être établies avant le caractère frauduleux de cette violation, et la question préjudicielle est si facile à détacher de la question du fond que la loi eût pu logiquement exiger dans tous les cas de poursuite criminelle en abus de confiance deux jugements, un premier qui déclarât la poursuite admissible, les circonstances matérielles exigées par l'article 408 étant réalisées, puis un second rendu sur le fond même du procès. Il est certain que c'eût été allonger et compliquer la procédure, partant augmenter les frais. Mais, d'autre part, la liberté individuelle eût reçu là une garantie des plus sérieuses et, nous le répétons, en matière d'abus de confiance on ne saurait assez lui donner de garanties; tant est facile sa violation.

III

RÉSUMÉ DU SYSTÈME DU CODE PÉNAL

Maintenant que nous avons analysé successivement les éléments généraux et les éléments spéciaux de l'abus de confiance, il nous reste à rassembler les résultats que nous avons acquis et à en opérer la synthèse qui nous permettra d'embrasser, dans son ensemble, le système adopté par le Code pénal.

La loi a constaté que l'existence de la seule sanction civile serait insuffisante à protéger la propriété dans un certain nombre de contrats, dont la violation est à la fois également facile et dangereuse.

Mais les obligations mises par ces contrats à la charge du débiteur sont de deux sortes : des obligations propres à chacun d'eux tout d'abord, — leur inexécution n'offre pour la propriété privée aucun danger spécial, elles n'ont par suite aucun titre à recevoir un supplément de sanction ; — puis des obligations communes à tous, dont l'objet direct est le respect de l'intégrité du patrimoine du tradens. Ce sont ces dernières seules dont la violation est particulièrement coupable de la part de l'accipiens, particulièrement préjudiciable aux droits de son cocontractant ; ce sont elles dont il importe d'assurer l'exécution avec une énergie toute spéciale ; ce sont elles, et elles seules, dont l'inexécution sera susceptible de servir de base au délit d'abus de confiance.

Susceptible seulement, disons-nous, car il serait faux de prétendre qu'elle constituât nécessairement et dans tous les cas un abus de confiance.

Deux conditions sont, en outre, nécessaires pour cela.

L'inexécution doit constituer la violation totale de l'obligation fiduciaire.

Elle doit présenter le caractère délictuel, c'est-à-dire réunir en elle, outre ses éléments propres, les éléments essentiels et constitutifs de tout délit.

Quant à la consommation complète de la violation de la convention fiduciaire, la loi distingue deux cas dans lesquels l'étendue et la rigueur des obligations qu'elle crée diffèrent profondément ; et nous n'avons pas ici une distinction factice ni arbitraire, mais basée sur un fait matériel précis, facile à déterminer, la nature fongible ou non de l'objet du contrat.

Au premier cas, l'accipiens est propriétaire de l'objet confié ; il ne doit restituer ou employer qu'un équivalent, ses obligations portent, non sur ce qu'il a reçu, mais sur ce qu'il doit restituer ou employer ; elles sont extrêmement larges et n'apportent qu'une faible restriction à sa liberté ; c'est seulement par des actes particulièrement graves qu'il pourra les enfreindre.

Il doit transférer une partie de son patrimoine propre à celui de son cocontractant ; le défaut de transfert entraînant nécessairement l'appropriation de la chose à transférer, et réciproquement, toute appropriation entraînant nécessairement le défaut de transfert, il est vrai de dire que c'est seulement par l'appropriation de la chose remise que l'obligation fiduciaire peut être inexécutée. Il ne saurait, par suite, y avoir abus de confiance sans cette appropriation qui s'en trouve être la caractéristique principale.

Au second cas, l'objet confié n'entre pas dans le patrimoine de l'accipiens ; d'où obligation non seulement de le restituer en nature, mais encore de le conserver en nature et de rester constamment à même de le représenter ; ces trois obligations sont entièrement solidaires les unes des autres ; elles sont exigibles dès le premier moment du contrat, sans qu'aucun délai puisse être admis. La violation de l'une implique celle des autres ;

la liberté dont l'accipiens jouissait tout à l'heure a disparu ; les limites dans lesquelles il peut se mouvoir sont des plus étroites et, par suite, beaucoup plus facilement franchies. Toute atteinte portée aux droits du véritable propriétaire de l'objet constituera la violation de l'obligation fiduciaire, sans qu'une augmentation de patrimoine de l'accipiens en résultât nécessairement pour cela.

Actes d'appropriation, ou actes simplement nuisibles, suivant la nature de l'objet, seront nécessaires ou suffiront à la violation de la convention fiduciaire. La question de dualité de la sanction instituée par la loi vient alors se poser. Or, si nous pouvons être ici en présence du délit d'abus de confiance, il ne faut pas oublier que nous sommes, avant tout, en présence de la violation d'un contrat civil dont la sanction du droit commun est une sanction civile, que cette violation ne rentrera dans la compétence du tribunal répressif et ne sera punissable en tant que délit que si elle contient tous les éléments du délit, que par suite, en dehors des éléments prévus à l'article 408, nous devons retrouver dans l'acte de l'inculpé les éléments généraux constitutifs de tous les délits : élément matériel, élément moral et élément légal. A côté de la violation du contrat, consommée dans les circonstances prévues par la loi, c'est-à-dire à côté de la criminalité du fait matériel, il sera nécessaire que soit établie la culpabilité de l'agent, c'est-à-dire l'existence de son libre consentement et du caractère frauduleux de ce consentement ; ce caractère frauduleux, volonté de commettre injustement l'élément matériel du délit, différera suivant le caractère de celui-ci, aux faits d'appropriation nécessaires au cas de remise d'un objet fongible, devra correspondre une intention d'appropriation, aux actes simplement nuisibles, suffisants, alors qu'un corps certain a été confié à l'accipiens, correspondra simplement l'intention de nuire, mais il ne suit pas de là que l'élément matériel établi, l'intention puisse être présumée — les deux choses n'ont aucune liaison nécessaire. L'agent devra être convaincu d'avoir

voulu librement et entièrement l'inexécution de ses obligations, de l'avoir voulue sans droit, en connaissant d'avance le résultat, soit avantageux pour lui, soit nuisible pour son cocontractant et dans le but principal d'atteindre ce résultat.

Alors seulement la justice pénale interviendra en toute sécurité, alors seulement son exercice remplira le double but de notre législation moderne, but à la fois moral et utilitaire, moral en ce qu'elle considère avant la criminalité des faits la culpabilité de l'agent ; utilitaire en ce qu'elle ne cherche qu'à frapper sagement, à coup sûr, tout en assurant une protection aussi complète que possible, et de la liberté individuelle, et de l'intégrité du patrimoine de chacun.

IV

L'ABUS DE CONFIANCE D'APRÈS LA JURISPRUDENCE

Si nous nous référons aux arrêts rendus en cette matière, et si nous essayons d'en dégager une théorie générale de l'abus de confiance, nous pouvons constater de profondes différences entre la jurisprudence et la doctrine du Code pénal telle que nous venons de l'exposer.

Nous avons, en premier lieu, considéré l'abus de confiance comme l'inexécution d'une obligation née d'un contrat : le contrat fiduciaire, nous en avons déduit que, non seulement sa constatation, mais encore son existence, étaient étroitement liées à cette inexécution, qu'elles ne pouvaient être relevées à la charge du prévenu si celle-ci n'était réputée définitivement consommée, et c'est en partant de ce principe que nous avons distingué la restitution de l'exécution tardive, en reconnaissant à chacune d'elles des effets et vertus différentes.

La jurisprudence, elle, a voulu faire ici une subtile distinction entre l'inexécution elle-même et le fait qui rend l'exécution impossible ; celui-là seul, dit-elle, constitue l'élément essentiel de l'abus de confiance ; la première n'en est que la conséquence. Elle l'en sépare donc délibérément pour le considérer, abstraction faite de cette conséquence.

De là à considérer comme constitutif du délit, non seulement le fait qui entraîne l'inexécution de l'obligation, mais encore le fait susceptible de l'entraîner, il n'y avait qu'un pas. Il était impossible de ne pas le faire et, par suite, de ne pas en arriver à considérer qu'il y a délit sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'il y a violation consommée d'un contrat fiduciaire.

Une pareille théorie entraîne tout d'abord une sévérité excessive dans l'application de l'article 408 ; d'autre part, elle déborde les termes du même article 408 qui prévoit nettement l'inexécution d'une obligation bien établie de dessaisissement ; enfin, elle aboutit à des conséquences inadmissibles relativement au caractère frauduleux du détournement.

Aussi bien, les inconvénients juridiques et logiques de cette théorie étaient-ils trop nombreux pour qu'elle pût passer à l'état de principe immuable. Aussi, en fait, la jurisprudence exige-t-elle qu'il y ait violation consommée du contrat fiduciaire. Il convient d'ajouter qu'elle se montre fort peu difficile sur ce point, et qu'elle se contente de la constatation pure et simple « du détournement » faite en des termes quelconques. Le juge n'a pas besoin d'établir comment s'est opéré le détournement, autrement dit la façon dont a été violé le contrat fiduciaire. Il lui suffit de le constater, et même la Cour de cassation lui reconnaît sur ce point une souveraineté absolue d'appréciation, faisant ainsi de la question de savoir si un contrat peut être réputé inexécuté une question de fait, alors qu'en réalité, elle est une question juridique au premier chef.

De là vient qu'elle s'occupe fort peu des divers problèmes que soulève la question de détournement. Il est certainement plus simple de le constater que de l'établir et s'il suffit de le constater, pourquoi rechercher les caractères légaux du détournement ? Tel est le raisonnement que la jurisprudence s'est tenu, et c'est pour ce motif qu'il lui importe fort peu de distinguer les cas d'espèces suivant le caractère fongible ou non de l'objet du contrat fiduciaire.

De là l'incertitude qui règne sur la nature véritable du détournement. Nous venons de dire que nombre de décisions tournent la difficulté en constatant simplement que le prévenu a détourné ou dissipé (D. P. 1898, I, 433, Vve J. c. Min. Public). « Attendu, dit le tribunal, qu'il résulte

des documents de la cause et des débats que, depuis moins de trois ans, la femme J... a détourné ou dissipé, au préjudice des sieurs Cornille frères qui en étaient propriétaires, une certaine quantité de marchandises ; que ces marchandises ne lui avaient été confiées qu'à titre de dépôt, etc... » La Cour d'appel ayant à statuer à son tour ne parle pas même du détournement non plus d'ailleurs que la Cour de cassation ! Celle-ci, du reste, déclare formellement qu'est suffisante, malgré le laconisme dont elle est empreinte, la constatation de cet élément du délit (J. G. Supp. Abus de confiance n° 28).

Quant aux décisions qui consentent à s'expliquer sur les caractères légaux du détournement, elles entendent par là l'« emploi fait à son profit » de la chose reçue sans distinguer entre les choses fongibles et les corps certains, sans tenir compte de l'obligation de restitution en nature ou par équivalent (D. P. 1901, I, 370) : Une somme d'argent avait été remise à titre de nantissement, le pourvoi soutenait qu'étant donné la fongibilité des deniers, l'accipiens avait la faculté d'en disposer, la Cour ne daigna même pas s'expliquer sur ce moyen et constata tout simplement l'existence du nantissement. Sur ce point, elle avait certainement raison ; il y avait bien nantissement en l'espèce, mais cela n'empêchait pas que, par le fait même de leur fongibilité, l'accipiens était devenu propriétaire des deniers et avait acquis le droit d'en disposer, à charge d'en conserver la valeur dans son patrimoine.

D'autres décisions, au contraire, adoptent bien notre principe, mais l'adoptent trop, s'il est permis de s'exprimer ainsi ; elles excluent en effet totalement les choses fongibles de celles qui peuvent donner lieu à un abus de confiance (crim. rej. 31 janvier 1895, *Bull. Crim.*, n° 40, p. 64. D. P. 1859, 5, 5). Ils considèrent l'accipiens comme un débiteur qui n'a pas rempli ses obligations, non comme un mandataire ou un dépositaire infidèle.

Seul, M. le conseiller Barbier avait aperçu le véritable *criterium* en cette matière (D. P. 75. I. 45). « S'agissant,

dit-il, de choses fongibles, il en résulte que celui qui les a reçues en nantissement n'a point à les conserver et à les rendre en nature, comme un véritable dépositaire, mais qu'il doit toujours les conserver et être prêt à en rendre la valeur, sous peine d'abus de confiance ». Mais il s'agit là d'une opinion isolée, dont la Cour suprême ne s'est pas inspirée ; d'autre part, la jurisprudence postérieure s'est trompée sur le sens attribué par M. le conseiller Barbier à la phrase, « il doit toujours les conserver et être prêt à en rendre la valeur », cela ne signifie point que l'accipiens doive conserver *dans sa caisse* somme égale à celle reçue, mais bien qu'il doive la conserver dans son patrimoine, dans l'ensemble de ses droits utiles, ainsi on évite l'objection faite par M. le conseiller Accarias (D. P. 1901, I, 370). « La théorie incluse dans ces quelques lignes crée une sorte de nantissement irrégulier qui n'est pas celui du Code civil, ni celui de l'article 408 du Code pénal. Le vrai nantissement ne porte jamais que sur des corps certains, non sur des choses fongibles. La théorie de M. Barbier, s'il était permis de donner une interprétation extensive aux textes de la loi pénale, serait assez séduisante pour les cas où il s'agit de sommes faibles dont on peut présumer que l'équivalent doit toujours *se trouver en caisse* chez celui qui les a reçues. Mais une pareille présomption serait peu raisonnable dans une espèce comme la nôtre où il s'agit d'une somme de 25.000 francs. » M. le conseiller Accarias confond « conserver dans sa caisse » et conserver dans son patrimoine ; nous avons établi la différence entre les deux choses en étudiant la compatibilité de la fongibilité et de l'obligation fiduciaire, il suffit de s'y référer purement et simplement.

M. le conseiller Accarias se refuse, avec la jurisprudence, à reconnaître l'existence de ce qu'il appelle un nantissement irrégulier ; la même difficulté se présente à propos de chacun des autres contrats fiduciaires, notamment le dépôt et le mandat. Nous avons

vu qu'en matière de dépôt il y avait lieu de distinguer le dépôt irrégulier et le dépôt régulier, et nous avons également vu que la violation du dépôt irrégulier est susceptible aussi bien que celle du second de constituer l'abus de confiance, comme constituant un contrat fiduciaire à proprement parler. Ici, la jurisprudence est arrivée à une singulière contradiction. Statuant en matière civile, elle a considéré le dépôt irrégulier comme n'étant autre chose qu'un prêt à usage, lui méconnaissant ainsi tout caractère fiduciaire. Il semblerait donc que les dépôts de choses fongibles étant des prêts à usage, ne peuvent en aucune façon être la source du délit d'abus de confiance ; une telle solution ne serait que logique, bien qu'elle eût de nombreux inconvénients pratiques, notamment de laisser impunis les détournements de deniers, les plus nombreux et les plus coupables.

La jurisprudence, en matière criminelle, a totalement laissé de côté sa théorie civile ; elle a reculé devant les inconvénients dont nous venons de parler et, au mépris de toute logique, a décidé que le dépôt de choses fongibles pouvait, par sa violation, donner naissance à l'abus de confiance. Tel est le résultat d'un faux point de départ ; elle s'est trouvée placée entre deux solutions également fâcheuses, ou déclarer résolument que l'abus de confiance était impossible en matière de dépôt irrégulier, ou laisser impunis des actes qu'elle considérerait cependant comme coupables !

Il en est de même de la question d'appropriation, étroitement liée à la théorie de la fongibilité. La jurisprudence n'exige pas qu'il y ait appropriation de l'objet détourné, fût-il chose fongible. « Attendu qu'il n'importe qu'il n'ait pas été déclaré que Audinet a eu pour but de s'approprier la valeur détournée. Qu'en effet, l'article 408 du Code pénal n'exige pas comme élément constitutif du délit d'abus de confiance la condition que le prévenu se soit approprié les valeurs détournées (D. P. 1901, I, 86) ». Les choses fongibles et les corps certains sont ainsi traités

sur le même pied ; pas de distinction entre les cas où l'obligation de dessaisissement porte sur les choses à rendre ou sur les choses reçues, cela est la conséquence nécessaire d'une théorie qui ne veut voir dans le détournement qu'un « emploi fait à son profit par l'accipiens ».

Si l'appropriation n'est pas exigée comme élément matériel du délit, même lorsqu'il s'agit de choses fongibles, à plus forte raison n'est-elle pas exigée en intention. Ici encore où la question était délicate, la jurisprudence s'en est tirée par son procédé habituel. Il suffit de constater l'intention frauduleuse, dit-elle, inutile de dire en quoi elle consiste. « La déclaration de culpabilité faite dans les termes mêmes de l'article 408 du Code pénal, implique suffisamment l'existence des éléments matériels du délit d'abus de confiance et de l'intention dolosive de l'agent (D. P. 1899, I, 611). La fraude n'a pas besoin d'être constatée en termes sacramentels, elle peut l'être en termes quelconques (D. P. 1901, I, 370). « Attendu que si l'intention frauduleuse n'est pas formellement déclarée, il est de principe que l'article 408 ne contenant pas de définition précise et sacramentelle, qu'elle peut résulter du rapprochement des constatations des juges du fait (D. P. 1900, I, 114). D'où il suit que l'élément matériel, une fois établi, forme à la charge du prévenu une présomption d'intention frauduleuse : « Attendu que, du rapprochement de ces constatations, détournement des fonds et valeurs confiées à titre de mandat, impossibilité de rendre les fonds et valeurs, résulte nécessairement la preuve de l'esprit de fraude. » (D. P. 1900, I, 114.) « Attendu que l'arrêt attaqué a déclaré que les prévenus étaient convaincus d'avoir détourné ou dissipé la somme que Meyer leur avait remise à titre de nantissement, que, malgré le laconisme si regrettable de cette déclaration, la fraude peut s'induire dans une mesure rigoureusement suffisante du fait constaté dans les termes mêmes de l'article 408 du Code pénal. » (D. P. 1891, I, 325). En l'espèce, il s'agissait

de commerçants qui, par suite de leur déclaration en état de liquidation judiciaire, s'étaient trouvés dans l'impossibilité de restituer le nantissement en numéraire d'un de leurs employés. Leur intention frauduleuse était donc des plus douteuses ; elle aurait eu besoin d'être établie entièrement indépendamment du fait de non restitution, indépendamment dans une certaine mesure, de leur volonté. Le vice de cette théorie trop peu exigeante apparaît encore nettement dans l'exemple suivant. Une commerçante avait reçu des échantillons de faille qui devaient être compris dans un lot plus considérable si elle parvenait à le vendre, et que le tradens lui avait, d'ores et déjà, facturés. La vente prévue n'ayant pas eu lieu, l'accipiens soutint qu'elle était propriétaire des échantillons et, qu'au reste, il y avait en l'espèce vente conditionnelle et non contrat fiduciaire ; que l'application de l'article 408 était donc, dans tous les cas, impossible. Elle fut pourtant condamnée sur une poursuite en abus de confiance, bien qu'après un jugement de défaut elle eût opéré la restitution des échantillons. Les premiers juges estimèrent qu'il y avait eu dépôt et non vente conditionnelle d'une part, détournement d'autre part ; les juges d'appels rectifièrent et estimèrent qu'il y avait eu non dépôt mais mandat, contrat également visé par l'article 408 ; jusqu'ici, il n'était pas question de l'intention frauduleuse ; la Cour de cassation, saisie de l'affaire, déclara que « la mauvaise foi s'induisait suffisamment de ce que la prévenue, après avoir laissé sans réponse plusieurs réclamations et une sommation, n'avait effectué la restitution qu'après s'être laissé condamner par défaut (D. 98, I, 433). Rien n'était pourtant plus douteux, la défenderesse se prétendait propriétaire des échantillons, elle pouvait être de mauvaise foi, mais elle pouvait être également de bonne foi, et jusqu'à preuve contraire, cette bonne foi devait être présumée après celle du détournement. L'existence de l'intention frauduleuse, élément essentiel du délit, était

donc des plus douteuses, en l'espèce, et cela n'a pas
 empêché la Cour de maintenir les condamnations pro-
 noncées. Le défaut de cet arrêt a, du reste, été constate
 par son commentateur : « La prévenue se prétendait pro-
 « priétaire des pièces d'étoffe, alors qu'on soutenait
 « qu'elle ne les détenait qu'à titre de mandataire. En cette
 « qualité, elle pouvait se considérer comme ayant le droit
 « de les conserver et celui de ne pas les rendre ; elle
 « refuse donc de les représenter. Leur restitution tardive
 « semblait bien indiquer qu'elle ne s'en était pas dému-
 « nie et, pour déclarer le contraire, il aurait fallu, sem-
 « ble-t-il, préciser davantage. C'est là le point délicat de
 « la question. La Chambre criminelle aurait peut-être
 « pu y insister en décidant que le juge du fait ne s'était
 « pas suffisamment expliqué à ce sujet. Peut-être aurait-
 « elle même pu déclarer qu'un des éléments constitutifs
 « du délit d'abus de confiance n'avait pas été légalement
 « établi. (V. sur la question de restitution, Jur. Gén. Sup-
 « plément ; v° cit., n° 31.) Cette observation paraît confir-
 « mée par la jurisprudence que la Cour de cassation elle-
 « même a adoptée dans une manière fort voisine, en
 « matière d'escroquerie. Dans ce cas, la Cour suprême
 « exige que le juge du fait spécifie en quoi ont consisté,
 « soit l'usage du faux nom, ou de la fausse qualité, soit
 « les manœuvres frauduleuses. Ce sont des éléments
 « constitutifs du délit d'escroquerie, et le juge doit indi-
 « quer les faits afin que la Cour de cassation puisse s'as-
 « surer que, dans le fait retenu, se trouvaient bien tous les
 « caractères qui devaient le rendre délictueux. Pour-
 « quoi plus de latitude laissée au juge du fond en
 « matière d'abus de confiance ? En premier lieu, le juge
 « déclare que les choses confiées ont été détournées ;
 « cela suffit, d'après la jurisprudence. Mais, en quoi a
 « consisté le détournement ? Pourquoi ne pas exiger que
 « le juge du fait s'explique sur ce point, alors qu'on
 « l'oblige à dire en quoi ont consisté les manœuvres
 « frauduleuses en matière d'escroquerie ?

« En second lieu, au sujet de la fraude, pourquoi ne
 « pas demander au juge du fait de déclarer explicitement
 « la mauvaise foi, l'intention de s'approprier ? Il semble
 « que de pareilles énonciations sont nécessaires à l'exer-
 « cice du droit de contrôle de la Cour suprême. On voit
 « l'inconvénient qu'il peut y avoir à ne pas se montrer
 « exigeant. Dans la présente espèce, le juge du fait parle
 « tout d'abord de l'impossibilité dans laquelle s'est
 « trouvée la prévenue de représenter les échantillons qui
 « lui avaient été confiés, puis il ajoute qu'il y a eu resti-
 « tution dans la suite. S'il avait eu le soin de spécifier
 « que l'impossibilité de restituer provenait de telle ou
 « telle cause, s'il avait dit que la prévenue s'était dessaisie
 « des marchandises par tel ou tel acte, on ne serait pas
 « tenté, en présence d'une restitution postérieure, de
 « supposer que la prévenue n'avait pas eu l'intention d'en
 « frustrer le propriétaire. Or, en matière pénale, le doute
 « doit bénéficier à l'inculpé ; entre deux hypothèses, on
 « doit opter pour la plus favorable au prévenu, et le laco-
 « nisme de l'arrêt ci-dessus de la Cour de Paris pourrait
 « conduire à faire préférer une solution qui permettrait
 « au contrôle de la Cour de cassation de s'exercer dans
 « des conditions plus rigoureuses. »

La jurisprudence a donc posé en règle fixe que l'inten-
 tion frauduleuse n'a pas besoin d'être constatée en termes
 sacramentels ; c'est assez même qu'elle résulte des faits et
 circonstances retenus par le juge (Crim. rej., 27 fév. 1863.
 D. P. 64. 5. 4, et 4 mai 1871, *Bull. Crim.*, n° 101. Crim.
 rej., 16 août 1877, *Bull. Crim.*, n° 193. Crim. rej.,
 30 déc. 1887, *Bull. Crim.*, n° 455).

Nous avons dit que cette règle est assurément commode
 pour le juge, mais elle est certainement aussi dangereuse
 pour la liberté individuelle. La limite qui sépare en
 matière de contrats fiduciaires la simple faute civile de la
 faute pénale est facile à franchir, raison de plus pour
 bien la préciser et en faire dans chaque espèce une étude

spéciale. Or, cette limite est constituée par l'intention frauduleuse, et la jurisprudence relègue cet élément au second plan ! Dire qu'il suffit au juge de le constater, qu'il n'a pas besoin de l'analyser, c'est lui restituer tout l'arbitraire que le Code avait voulu lui enlever ; la valeur de l'arrêt dépend donc totalement de celle du magistrat, et on en arrive fatalement à une sévérité excessive dans la jurisprudence ; celle-ci semble oublier que la matière de l'abus de confiance relève du droit criminel, elle semble oublier également les conséquences d'une condamnation pénale, et elle en arrive à faire tomber sous le coup de l'art. 408 du Code pénal des faits qui ne sont autre chose que de simples fautes civiles, imprudences ou négligences.

Tel est ce procès récent et célèbre, dans lequel la bonne foi de l'inculpée n'était pas même mise en discussion et fut expressément reconnue par les juges. Ceux-ci se basèrent, pour prononcer la condamnation, sur le seul élément matériel du délit, ils se passèrent totalement de l'élément intentionnel.

Il s'agissait en l'espèce de la directrice d'œuvres philanthropiques, qu'une mauvaise gestion de ces œuvres avait acculée à une situation pécuniaire désespérée. Les juges constatèrent son désintéressement personnel, et la déclarèrent pourtant coupable du délit d'abus de confiance : 1° pour manque de surveillance de ses coadministrateurs ; 2° pour dissipation de capitaux empruntés. Les motifs de ce jugement sont à citer :

« Attendu, dit le Tribunal, que la sœur Candide, qui
« avait en fait le maniement des deniers de l'œuvre dont
« elle était la supérieure, ne pouvait ignorer l'existence
« de ces errements condamnables et qu'elle en partage
« la responsabilité avec une personne aujourd'hui décé-
« dée, et dont, pour ce motif, le rôle n'a pas été complète-
« ment élucidé, mais dont il est permis cependant de dire
« que, chargé plus spécialement de la direction de l'œu-

« vre au point de vue matériel et financier, il n'a pas su
« garder avec une vigilance scrupuleuse les intérêts qui
« lui étaient confiés ;

« Attendu que les membres du Conseil d'Administra-
« tion d'Ormesson ne sont pas non plus à l'abri de tout
« reproche ;

« Attendu, en effet, qu'un moment est venu où grisée
« par les succès qu'elle avait obtenus et les encourage-
« ments qu'elle avait rencontrés, elle a pensé qu'il lui
« serait possible d'étendre d'un autre côté le champ de
« son activité ; qu'elle s'est alors lancée dans les affaires
« proprement commerciales, a fait construire le
« somptueux hôtel de San Salvadour, mis en exploitation
« la source lithinée du même nom, ouvert la maison de
« santé de la rue de la Pompe ;

« Attendu que dans ces entreprises dont le succès,
« a-t-elle dit, devait dans ses rêves ambitieux assurer
« l'avenir et l'indépendance de ses œuvres philanthro-
« piques auxquelles elle en destinait les profits, elle a
« englouti des capitaux énormes... ;

« Attendu toutefois que dans ses erreurs les plus repré-
« hensibles, la sœur Candide paraît, suivant les présomp-
« tions les plus raisonnables, n'avoir obéi qu'aux seules
« suggestions d'une ambition, habituée à ne reculer
« devant aucun obstacle ; qu'elle a tendu vers un but qui
« paraît avoir été la richesse, non pour elle-même, mais
« pour ses œuvres ; *qu'en somme, toutes ses fins, si elles*
« *n'étaient pas inspirées par l'humilité, semblent du*
« *moins avoir été désintéressées* et qu'il y a lieu de lui en
« tenir compte pour l'application de la peine... »

Une semblable décision constitue une véritable erreur
judiciaire, un empiètement exorbitant du droit criminel

sur le droit civil. Le juge, nous le répétons, ne saurait être trop prudent dans cette matière de l'abus de confiance, où le domaine de la loi pénale confine à celui de la loi civile ; les conséquences exceptionnellement graves d'une trop grande extension donnée à la première devraient être pour lui un motif puissant de prudence ; il devrait se rappeler que le principal souci des rédacteurs du Code pénal a été de ne rien abandonner à son arbitraire et de l'enfermer dans les limites les plus étroites possibles ; le mépris de ce principe fondamental de notre législation conduit directement au but que nous venons d'indiquer, c'est-à-dire à des condamnations d'une flagrante injustice.

Il est vrai que la jurisprudence croit avoir trouvé une réponse concluante à notre critique, le détournement, dit-elle, accompli dans les conditions prévues par l'art. 408 du Code pénal contient nécessairement en lui-même l'idée de fraude. Si donc le juge constate qu'il y a eu détournement dans les termes de l'art. 408, il constate par là même qu'il y a eu fraude, et par suite il satisfait à toutes les exigences légales !

La réponse est élégante, certes, mais elle n'a qu'une apparence de logique ; au fond, la question n'est pas changée.

Dire en effet que le détournement contient en lui-même l'idée de fraude, c'est en faire un acte composite, formé de la réunion de deux éléments :

- a) Un élément matériel, l'acte pris en lui-même ;
- b) Un élément moral, l'intention frauduleuse.

Or, l'accusation doit établir dans son intégralité la consommation du détournement, elle doit donc établir l'existence de chacun des éléments qui le composent, donc tant l'existence du premier élément, acte matériel, que du second, intention frauduleuse — et d'autre part, il faut se souvenir que constater n'est pas prouver.

Que l'on fasse de l'intention frauduleuse un élément non du délit d'abus de confiance, mais du *détournement*, ceci n'enlève rien aux obligations qui pèsent sur le juge, et ne saurait en aucun cas servir à justifier son laconisme !

Enfin, quant aux modes de preuve du délit, nous retrouvons le même oubli de la véritable nature de l'abus de confiance.

Une plainte est-elle déposée, le juge d'instruction ou le Parquet se livrent aussitôt à une série de mesures qui dans certains cas peuvent avoir leur utilité, mais qui risquent de donner au plaignant des armes dont sa négligence ou son mépris des dispositions légales, l'avait souvent privé. On n'attend pas, — ainsi que nous en démontrions plus haut la nécessité, — que le demandeur ait rapporté la preuve civile qui est à sa charge, on emploie *de plano* les mesures d'instruction prévues par le Code pénal.

A Paris même, une création récente a poussé jusqu'à l'extrême limite le principe posé par la jurisprudence.

Une section spéciale a été créée dans *la police* à l'effet de rechercher et prévenir ce que l'on nomme actuellement les « délits financiers » au nombre desquels figure en première ligne l'abus de confiance.

Cette section de police prend des renseignements sur les individus qu'elle soupçonne, et sans autre preuve plus précise, sans même attendre bien souvent le dépôt d'une plainte, procède à des perquisitions, saisies de documents, appositions de scellés, etc., toutes mesures qui ne devraient intervenir qu'une fois établis, suivant les seules règles du droit civil et l'existence de l'un des contrats fiduciaires prévus par l'art. 408 du Code pénal, et la violation définitive de ce contrat.

Ainsi se trouvent arrêtées dans leur développement des entreprises souvent fort honnêtes ; principalement en matière financière on conçoit qu'une perquisition, même faite à tort, sème la défiance dans l'esprit du public, et l'on assiste à des scandales analogues à ceux d'une affaire

encore présente dans toutes les mémoires, où l'arrestation qui pouvait, au moment où elle fut faite, être qualifiée d'arbitraire, d'un financier fameux (1), et même en son genre, de génie, provoqua l'effondrement de gigantesques entreprises, par suite d'une panique de bourse, et, comme conséquence nécessaire, la ruine de milliers de capitalistes.

Tel fut encore le cas de ce directeur d'un grand magasin (2), qui avait fondé, au profit de ses employés, une caisse d'épargne et de retraites. L'intervention inopinée de la justice à la suite d'un krach retentissant, la non observation des modes de preuves imposés par la loi civile provoquèrent de même une crise dont l'innocence plus tard reconnue du prévenu ne parvint pas à effacer les suites désastreuses, tant pour les tiers lésés *que pour l'inculpé lui-même.*

(1) Affaire ROCHETTE.

(2) Affaire Jules JALUZOT.

CONCLUSION

De ce qui précède, nous pouvons donc, en résumé, conclure que la pratique actuelle, partant d'un faux principe, est arrivée à des fausses conséquences. Elle a perdu de vue qu'en matière d'abus de confiance comme en toute autre, le droit criminel est un droit d'exception, que les textes qui le concernent doivent s'interpréter « *stricto sensu* » et non « *lato sensu* ». Elle a oublié que la loi moderne a voulu supprimer avant tout l'arbitraire du juge ; de là les erreurs et les véritables excès de pouvoir que nous avons relevés.

La théorie du Code pénal, telle que nous l'avons exposée, nous apparaît pourtant comme des plus simples et des plus faciles à suivre ; elle l'est en effet, à condition de se baser immuablement sur les quelques principes que nous avons adoptés. Alors seulement on peut avoir une règle fixe et uniforme et éviter les conséquences non seulement illogiques, mais d'autant plus injustes qu'elles se traduisent par une violation de la liberté individuelle, que nous avons relevées dans la jurisprudence actuelle.

Vu :

Lyon, le 21 Octobre 1912.

Le Doyen de la Faculté,

FLÜRER.

Vu :

Le Président de la thèse,

R. GARRAUD.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 21 Octobre 1912.

Le Recteur de l'Académie,

JOUBIN.

BIBLIOGRAPHIE

GARÇON. — Code Pénal annoté.

FUZIER HERMANN. — Répertoire général du Droit Français.

DALLOZ. — Jurisprudence générale et Supplément.

DALLOZ. — Dictionnaire pratique du Droit Français.

DALLOZ. — Recueil périodique de législation et de jurisprudence.

R. GARRAUD. — Traité du Droit Pénal.

CHAUVEAU et HÉLIE. — Commentaire du Code Pénal.

GUILLOUARD. — Du prêt, du dépôt, du mandat.



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Production de la sanction pénale des contrats fiduciaires jusqu'au droit moderne.....	3
L'ABUS DE CONFIANCE D'APRÈS LE CODE PÉNAL	
I. Connexité du droit civil et du droit criminel. Nécessité de préciser les éléments du délit.....	9
II. Conditions d'existence du délit d'abus de confiance.	
§ 1 ^{er} Rappel sommaire des principes généraux..	13
§ 2. L'élément moral en matière d'abus de confiance.	16
§ 3. L'élément matériel en matière d'abus de confiance.	25
§ 4. L'élément légal du délit d'abus de confiance.	46
§ 5. Les éléments spéciaux de l'abus de con- fiance.	48
A. La convention fiduciaire :	
1° Sa nature.	49
2° L'objet de la convention fiduciaire.....	58
3° La convention fiduciaire quant à ses effets...	61
4° L'obligation fiduciaire quant à la consé- quence de sa vidation.....	63
B. Les diverses variétés de la convention fiduciaire.	
1° Le louage.	68
2° Le dépôt.	69
3° Le mandat.	81
4° Le nantissement.	86
5° Le prêt à usage.....	93
6° Remise opérée en vue d'un travail salarié ou non.	95
7° Preuve de l'abus de confiance.....	97
III. Résumé du système du Code Pénal.....	102
IV. L'abus de confiance d'après la jurisprudence.....	106
CONCLUSION.	120
BIBLIOGRAPHIE.	121
